

66 A-152

DORPATER
JURISTISCHE STUDIEN

HERAUSGEGEBEN

VON

ED. OSENBRÜGGEN.

Bibliotheca
universitatis
Juniensis.

DORPAT,
VERLAG VON E. J. KAROW,
UNIVERSITÄTSBUCHHÄNDLER.

1849.

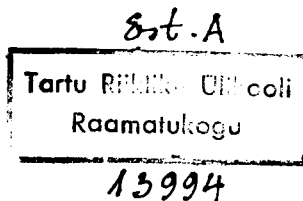
Yar. 20. 1849.

90038

Der Druck ist unter der Bedingung gestattet, dass nach Beendigung desselben die vorschriftmässige Anzahl von Exemplaren dem Dorpatschen Censur-Comite eingesandt werde.

Dorpat, d. 15. März 1849.

Censor **Samson.**



V o r w o r t.

Mit Zustimmung der Verfasser übergebe ich hier dem Publicum vier Abhandlungen junger Männer, die ihre juristische Bildung lediglich in Dorpat gewonnen haben. Die drei ersten dieser Abhandlungen sind im Jahr 1848 zur Erlangung des Candidatengrades bei der hiesigen Juristen-Facultät eingebracht und von dieser approbirt, die vierte zu demselben Zweck im Jahr 1846. Ich habe mit denselben keine Veränderungen vorgenommen, als nur in einzelnen Ausdrücken und einigen wenigen Citaten. Die Schriften waren nicht zum Druck bestimmt, ich hege jedoch die Hoffnung, dass sie des Druckes nicht unwürdig erscheinen werden und dass sie ein Zeugniß abgeben können für das Gedeihen der juristischen Studien in Dorpat, und demgemäss wählte ich den Titel der kleinen Sammlung. Es sind wissenschaftliche Studien und keine Mosaikarbeiten aus Gesetzesstellen, noch verkappte Compilationen aus der vorhandenen Literatur. Ich glaube daher auch, dass diese Arbeiten, von denen die beiden ersten zeigen, wie unsere criminalistischen Studien sich nicht gegen die neuere

Philosophie abgeschlossen haben, eine Bürgschaft dafür bieten, dass ihre Verfasser nicht in den Sumpf banausischer Praxis gerathen und nicht in einem Automaten-Formalismus verkümmern werden. Vielleicht wird mancher kundige Mann diesem oder jenem Resultat in den folgenden Abhandlungen seine Beistimmung nicht geben, aber das Zeugniß der selbstständigen Forschung wird er den Verfassern nicht versagen und einige jugendliche Kühnheit gewiss verzeihen. Der Kampf ist hier gegen Männer geführt, die zu bekämpfen Ehre bringen kann; so in der ersten Abhandlung gegen **BERNER**, über den ich, wie diejenigen meiner Schüler, welche schon die Weihe der Wissenschaft erhalten haben, keinen der jetzt lebenden Criminalisten stelle. Für die Beurtheilung dieser ersten Abhandlung, über die intellectuelle Urheberschaft der Verbrechen, ist es wohl nicht unnöthig zu bemerken, dass sie ihren Anfang genommen hat in meinem *Practicum criminale*, hier jedoch bedeutend, namentlich um den philosophischen Theil erweitert erscheint. Der Verfasser der vierten Abhandlung hat sich, seitdem er diese geschrieben, wiederum als tüchtigen Civilisten gezeigt in seiner Magister-Dissertation: *De duplae stipulationis computatione, quae e libro VII. quaestionum Aemilii Papiniani in fragmento LXIV. Digestorum de evictionibus exstat (Dorpati Livonorum MDCCCXLVII.)*

0.

Inhalt.

| | Seite |
|--|---------|
| I. Ottomar Haken , die intellectuelle Urheberschaft der Verbrechen an einem Rechtsfall erörtert. (1848.) . . | 1 — 55 |
| II. Otto Baron von Brunnow , Versuch über den Begriff der Injurie oder das That- und Willensmoment bei der Injurie. (1848.) | 56 — 83 |
| III. Reinh. v. Stoffregen , Erörterung eines Rechtsfalls, den zweimaligen Verkauf derselben Sache betreffend. (1848.) | 84—148 |
| IV. Ottomar Meykow , die Lehre des römischen Rechts von dem Eigenthumserwerb durch Specification (1846.) | 149—183 |

I. Die intellectuelle Urheberschaft der Verbrechen,

an einem Rechtsfall erörtert

von

Ottomar Haken aus Riga.

Indem ich mich bei der Erörterung der Lehre von der intellectuellen Urheberschaft der Verbrechen an einen concreten Rechtsfall anschliesse, halte ich jede vorläufige Motivirung dieses allgemein anerkannten Verfahrens für überflüssig; was jedoch die Behandlung des Rechtsfalles und seine Benutzung für den dogmatischen Theil meiner Abhandlung betrifft, so kann ich nicht umhin, dieser einige Vorbemerkungen voranzuschicken. Der mitzutheilende Rechtsfall, welcher vor etwa 40 Jahren bei unseren Landesbehörden verhandelt und entschieden worden, bietet ausser dem allgemein juristischen und psychologischen Interesse noch ein besonderes processuales dar; denn wenn man auch ohne weitere Gründe nicht annehmen kann, dass die Art und Weise seiner gerichtlichen Verhandlung den damaligen Zustand der Criminalrechtspflege in Livland charakterisire, indem er ja, wenigstens in dieser Abhandlung vereinzelt dasteht, so liefert er doch nichts desto weniger einen geringen Beitrag für die Beurtheilung jenes Zustandes und somit auch für die Geschichte unseres Criminalprocesses. In diesem Sinne nun habe ich es versucht, ihn

darzustellen und er ist somit nicht als ein blosses Beispiel zur Veranschaulichung der zu entwickelnden abstracten Rechtsbegriffe zu betrachten, sondern behauptet, so weit er mit dem Hauptthema im Zusammenhange steht, eine selbstständige Stellung und rechtfertigt damit die weitere Ausführung, die ich ihm im Einzelnen zugewandt habe. Ausserdem war ein solches specielleres Eingehen auf die zu jener Zeit geführte gerichtliche Untersuchung und auf deren Kritik nothwendig, denn bei gänzlichem Mangel anderweitiger Quellen dienten mir jene Untersuchungsacten zur alleinigen Grundlage bei der Darstellung des Rechtsfalles. Wenn ich mich nun aber bemüht habe, dieselbe vollkommen actengemäss einzurichten, so bin ich doch bisweilen aus höheren Rechtsgründen genöthigt worden, von dem Inhalt der Acten abzuweichen, d. h. immer nur, so weit diese nicht eruierte Thatsachen, sondern ein blosses Raisonnement enthalten, das aber, wie unten gezeigt werden soll, daselbst die Geltung der ersteren in Anspruch nimmt. Wenn ferner meine Darstellung selbst durch die Lückenhaftigkeit der Acten, als meiner einzigen Quelle, nicht wenig zu leiden hatte, so wird es nicht auffallen, dass ich, abgesehen von allem processualischen Interesse, auf die jedesmaligen Mängel derselben hinweise, wenn auch nur, um mich selbst gegen den Vorwurf der Ungründlichkeit zu wahren. Somit, hoffe ich, wird die von mir geübte Kritik der Acten *in abstracto* nicht nur gerechtfertigt, sondern auch für die actengemässe juristische Darstellung dieses Rechtsfalles nothwendig erscheinen. Um aber zugleich auf der anderen Seite nicht zu weit von meinem Vorwurfe abzuweichen, habe ich die mehren, im vorliegenden Processe betheiligten Personen, nur mit wenigen Worten eingeführt und alle oben angegebene

Sorgfalt nur auf die Hauptpersonen, und unter diesen wieder besonders auf den intellectuellen Urheber verwendet. Aus demselben Grunde mochte ich diesen Rechtsfall auch nur zum Theil, d. h. nur den in demselben auftretenden intellectuellen Urheber, zum Schlusse der Abhandlung unter das positive Recht subsumiren, denn ich hätte es sonst mit sehr verschiedenen Verbrechen zu thun gehabt, während mein Thema nur von der intellectuellen Urheberschaft redet. Diese Abhandlung wird demnach drei Theile enthalten, einen kritisch-historischen, einen rechtlich-dogmatischen und einen rechtlich-praktischen, die für einander, eben wegen ihres engen Zusammenhanges gegenseitig den Umfang der Ausführung bestimmen, und auch nicht durch besondere Ueberschriften oder dergleichen von einander füglich abgetrennt werden konnten.

Am 26. August 1808 war die Leiche des Herrn Pinto*), Arrendebesitzers des Gutes J... in einem kleinen See, unweit des Hofgebäudes gefunden worden. Vier Tage darauf wurden zwei J...sche Weibspersonen, die eine, Ello, 35 Jahre alt und Wittwe, die andere, Kauro Liis, unverheirathet und erst 23 Jahre alt, als Urheberinnen der Mordthat dem X...schen Landgericht überliefert, woselbst sie alsbald eingestanden, den Herrn Pinto erdrosselt zu haben. Hier schon begegnen wir der ersten grossen Mangelhaftigkeit der gerichtlichen Untersuchung: dass die *existentia delicti* keineswegs zur juristischen Gewissheit erhoben worden, denn mit Ausnahme der Geständnisse von Seiten der beiden Inquisitinnen, sind keine anderen Beweisgründe für dieselbe ermittelt, indem das Gericht weder eine Legalsection, noch auch eine gericht-

*) Die Namen sind in diesem Fall verändert worden.

liche Leichenschau veranstaltet hat. Was nun die Geständnisse anlangt, so enthalten sie an sich zwar alle Erfordernisse der Vollgültigkeit, wie aber auch schon aus der betreffenden Gesetzesstelle*) hervorgeht, können sie nur die Thäterschaft, keineswegs aber den objectiven Thatbestand des Verbrechens erweisen. Das Landgericht hat auf die Ermittlung dieses wichtigsten Umstandes so wenig Sorgfalt verwendet, dass nicht einmal die Zeit der verübten Mordthat nach den Untersuchungsacten angegeben werden kann. Eine minder betheiligte Co-inquisitin, die Bäuerin Hurmi Liso deponirt zwar auf beiläufige Befragung, wie lange Zeit von der Mordthat bis zur Recherchirung derselben verstrichen: „sie glaube ungefähr 4—6 Wochen“; allein diese Antwort erscheint völlig unbestimmt, wenn man die höchst ungenaue Zeitberechnung unserer Bauern berücksichtigt, welche, wenn der fragliche Zeitpunkt nicht mit

*) not. c. pag. 471 L. L. „Eigene Geständniss in einer Sache ist eben so gültig, als mit Zeugen überwiesen. Jedoch dass das gestandene Verbrechen in der Wahrheit also verübet, und die Geständniss freiwillig, ungezwungen, auch vor dem Richter geschehen sei, mit solchen Umständen, welche die gestandene That so wahrscheinlich machen, dass man keine Ursache habe daran zu zweifeln.“ vgl. OSENBRÜGGEN, Theorie u. Praxis des Liv-, Ehst- u. Curländischen Criminalrechts II. S. 9. — Ferner ist über diesen Gegenstand anzuführen R. v. SAMSON, Institutionen des livländischen Processes §. 1509: „Da in peinlichen Fällen ohne Unterschied das *corpus delicti* nach allen Umständen möglichst in Gewissheit zu setzen ist: so unterlässt das Gericht niemals die Besichtigung und Leichenöffnung, wenn Jemand plötzlich ohne Zeugen gestorben, oder wenn die Todesart zweifelhaft ist, oder wenn irgend Jemand dessen, dass der Verstorbene durch seine Schuld oder seinen Vorsatz ums Leben gekommen sei, bezüchtigt wird etc.“ s. noch Allerh. bestätig. Instr. für d. Medicinalbeamten. 1797. 19. Jan.; Senats-Ukas 1809. 29. Decbr. Wir haben es hier zunächst nur mit den Gesetzesbestimmungen zu thun, die zur Zeit der gerichtlichen Verhandlung dieses Processes bereits Geltung hatten. —

einem der bedeutendern Kirchenfeiertage oder mit einem Abschnitte ihrer Arbeitszeit zusammenfällt und sie ihn darnach bestimmen können, gar zu leicht Wochen und Monate verwechseln. Indem ich aber hier nur Gelegenheit genommen habe, auf die, auch noch später hervorzuhebende Mangelhaftigkeit der Untersuchungsacten aufmerksam zu machen, kehre ich zur Relation des vorliegenden Rechtsfalles zurück. Beide Inquisitinnen Ello und Liis waren Gegenstand der zärtlichen Neigung ihres Gutsherrn geworden. Ello deponirt: „sie sei bereits im Jahre 1802 zur Bedienung der damals auf dem Gute J... stationirten Soldaten zur Hofsdienerschaft gezogen und dadurch dem Herrn Pinto bekannt geworden, der sie nun auf alle Weise zum fleischlichen und ehebrecherischen Umgange zu verführen gesucht habe; da sie aber seinen Bitten und Drohungen widerstanden, habe er sie scharf züchtigen lassen und dadurch endlich seinen Zweck erreicht. Vom Gewissen aber beunruhigt, habe sie ihre Schwäche dem Ehemanne gestanden, der ihr noch auf seinem Sterbebette wegen des Ehebruchs Vorwürfe gemacht und das Versprechen abgenommen, den begangenen Fehltritt durch die strengste Sittenreinheit zu sühnen. Bald nach dem Tode ihres Mannes habe sie sich vom Hofe entfernt, und bis zum Frühjahr 1808 auf ihrem Gesinde gelebt; darauf sei sie aber wieder als Viehhüterin auf den Hof genommen worden und seit der Zeit hätten die ungestümsten Nachstellungen des Herrn Pinto aufs neue begonnen. Als sie nun eines Tages dem Mädchen Liis ihre Noth geklagt, habe sie erfahren, dass auch ihr der Herr keine Ruhe lasse, worauf sie denn gemeinschaftlich berathschlagt hätten, wie sie sich wohl am besten der leidenschaftlichen Aufmerksamkeit des Herrn entziehen könnten, denn abgesehen von der Lästig-

keit derselben, hätten sie die Eifersucht der Frau Pinto, die das Treiben ihres Gemahls errathen, in hohem Grade zu fürchten gehabt, denn sie seien bereits von ihr mit der strengsten Züchtigung und sogar mit Verschickung nach Sibirien bedroht worden. Sie hätten deshalb beschlossen, den Herrn, sobald er wieder der einen oder der anderen nächtlichen Lager besuchen würde, mit Ruthen zu züchtigen, in der Hoffnung, dadurch auf immer seinen Verfolgungen zu entgehen; der Kutscher Mango aber, dem sie ihren Plan mitgetheilt, habe ihnen die Ausführung desselben, wegen der so leicht vorauszusehenden übeln Folgen für sie selbst, widerathen und gesagt: „macht ihm lieber das Garaus.“ Diesen Rath des Mango nun habe sie, Ello, der Krügerin Anne, die wegen ihres Verstandes und hohen Alters bei allen Leuten in grossem Ansehen gestanden, mitgetheilt und auf die Bitte um deren Meinung über ihr Vorhaben, die Antwort von ihr erhalten: „Gott gebe Euch Stärke dazu.“ Als nun überdies noch Mango seinen Rath zu wiederholten Malen aus eignem Antriebe erneuert, ja ihr sogar eine Belohnung für die That versprochen, so habe sie endlich mit Liis beschlossen, den Herrn Pinto zu ermorden. Am Abend nun sei sie in den Bleichgarten zur Liis schlafen gegangen; als sie aber um Mitternacht den Herrn Pinto sich hätte nähern gehört, habe sie sich verborgen gehalten und nachdem sich Liis auf das Lager niedergelegt und ihm mit einem Pelze den Kopf zugedeckt, habe sie, Ello, eine bereits fertige Schlinge aus Pastelschnur unter die Decke gebracht und ihm um den Hals gelegt; nachdem sie nun dieselbe festgezogen und Liis sich ihm auf die Brust geworfen, sei er alsbald verschieden.“ Mit diesen Aussagen der Ello stimmen die ihrer Mitschuldigen Liis im Wesentlichen

überein; die Abweichungen in den letzteren, welche nur aus einem besondern Gesichtspunkte nicht ohne Bedeutung erscheinen, werde ich am passenden Orte berücksichtigen.

Nach geschehener That eilten die Mörderinnen Ello und Liis zu Mango und theilten ihm den glücklichen Erfolg ihres Unternehmens mit, um sich, wie sie angaben, fernern Rath von ihm zu erholen. An Händen und Füßen zitternd hörte Mango ihren Bericht an und rieth ihnen, den Leichnam des ermordeten Herrn in den nahegelegenen See zu werfen. Ello brachte nun mit Hülfe der Liis und einer andern, sonst am Verbrechen nicht betheiligten Coinquisitin Hurmi Liso den Leichnam bis zum See und stürzte ihn von dem steilen Ufer über den Kopf ins Wasser hinab, indem sie bei diesem Geschäft mit den Worten: „ich werde das allein thun, der Leichnam ist nicht schwer“ alle fremde Hülfe ablehnte. Hier nun wurde die Leiche nach Verlauf einer längeren Zeit am 26. August 1808 wiedergefunden.

Wenn nun die Schuld der beiden Inquisitinnen Ello und Liis durch ihr rechtsgültiges Geständniss ausser Zweifel gesetzt worden ist, so bleibt uns nun noch die gegen Mango in jenem Geständnisse mitenthaltene Beschuldigung wegen Anstiftung, so wie seine bezügliche Aussage darüber zu prüfen übrig. Nachdem Mango eingestanden, dass er der Ello auf Mittheilung ihres Planes, dem Herrn Pinto Ruthen zu geben, gesagt habe: „das Schlagen kann für Euch sehr schlimm ausfallen, denn Ihr werdet wiedergeschlagen werden, macht ihm lieber das Garaus;“ desgleichen nach geschehener Mordthat: „werft den Leichnam ins Wasser;“ ward Ello nochmals befragt, ob er, Mango, sie ausserdem noch zur Begehung des

Verbrechens ermuntert habe; worauf sie angab, von ihm noch zweimal und zwar das letzte Mal im Beisein seines Weibes denselben Rath erhalten zu haben. Hierauf ward Mango nochmals verhört und beharrte bei seiner früheren Aussage mit der Erklärung: „dass er jene Worte ohne alle Absicht und gleichsam ohne es zu wollen und viel auf das Gerede der Ello zu achten, ausgesprochen habe, als er im Stall die Diele ausgebessert.“ Von den späteren Rathschlägen, die Ello von ihm erhalten zu haben behauptete, versicherte er jedoch nichts zu wissen. — Diese wichtigen Differenzen in den beiderseitigen Aussagen glaubte nun das X..sche Landgericht am leichtesten dadurch auszugleichen, dass es eine Confrontation zwischen Mango und Ello veranstaltete, die mit ihrem Ergebnisse für die Beurtheilung des ganzen vorliegenden Rechtsfalles maassgebend ist, obgleich die Acten nichts Ausführlicheres über sie enthalten, als eben ihr Resultat, nämlich Mango habe endlich seine Schuld eingestanden und auf dieses Schuldbekennniss ist seine Anklage und das vom Obergericht gegen ihn als intellectuellen Urheber und Gehülfen ausgesprochene Straferkenntniss ganz besonders gegründet. Indem ich mich nun treu an den Inhalt der Acten anschliesse, so weit es mir, mit Rücksicht auf die erforderliche Kritik, die Principien des absoluten und positiven Rechts, als der einzige Maassstab für die Beurtheilung dieses Processes gestatten, werde ich es versuchen, die Nullität des von Mango in seinem Confrontations-Verhöre abgelegten Geständnisses nachzuweisen, während das erste Geständniss (den zur Mittagszeit im Stalle erteilten Rath betreffend) besonders betrachtet werden soll, und zwar ist I. die von der Coinquisitin Ello gegen Mango erhobene Beschuldigung wegen Anstiftung zu prüfen und sodann

II. die auf Grundlage derselben verfügte Confrontation, deren Resultat das Schuldbekennniss des Mango sein soll.

I. Wenn schon den Zeugnissen der Verbrecher, welche ihre Mitschuldigen überhaupt betreffen, nie volle Gültigkeit beigelegt werden soll, um wie viel weniger darf dies bei der intellectuellen Urheberschaft geschehen, da hier oft die Schuld des einen durch die Schuld des andern nach umgekehrtem Verhältniss bestimmt wird. Es liegt daher nahe, dass der physische Urheber, wenn er mehr Furcht vor der verdienten Strafe, als Achtung vor der Wahrheit hat, und wenn er klug genug ist, jeden Vortheil benutzen zu können, gewiss keinen Umstand unbeachtet lassen wird, der ihm Gelegenheit giebt, die Intensität seiner verbrecherischen Willensbestimmung durch Berufung auf Anstiftung von Seiten anderer zu verringern. Daher halte ich es für angemessen, hier, so weit mir die Möglichkeit dazu geboten ist, eine Schilderung der verschiedenen Individualitäten der beiden beschuldigenden und des beschuldigten Inquisiten zu geben. Die von Ello zur Motivirung ihres Verbrechens gethanen Aussagen dürften vielleicht bei manchem Beurtheiler ein günstiges Vorurtheil für sie erwecken, wenn er etwa raisonniren wollte: Ello und auch später Liis hätten ihrem Herrn und seinen unzüchtigen Zumuthungen gegenüber, einen hohen Beweis ihrer Sittenreinheit gegeben, erstere sei nur durch die äussersten Mittel, als durch körperliche Züchtigung von Seiten ihres Verführers, zum ersten Fehltritte gleichsam gezwungen worden; von den Vorwürfen ihres Gewissens aber gequält, habe sie dem Ehemanne ihre Schuld gestanden und demselben auf dem Sterbette das Versprechen gegeben, sein Andenken auch nach dem Tode durch einen sittlich reinen Lebenswandel zu ehren. Die

hohe Potenz der Sittlichkeit, die sie und ihre Mitschuldige Liis in ihrer Gesinnung manifestirt hätten, obgleich sie in einen Excess verfallen wären, sei zugleich als einziges Motiv für ihre Anschuldigung des Mango anzusehen, denn was sollte sie sonst veranlasst haben, diesen Menschen, gegen den sie nie feindlich gesinnt waren, unglücklich zu machen, als einzig und allein die Macht der Wahrheit, womit zugleich ein Maassstab für die Beurtheilung der in ihren und des Mango Aussagen hervortretenden Differenzen gegeben wäre. Allein dieses Raisonement ist ein völlig oberflächliches, denn wenn das Vorurtheil als ein bloß subjectives Dafürhalten ohne objective Begründung, stets den richtigen Standpunkt des Beurtheilers verrückt und daher nie auf dem Gebiete des Criminalprocesses geduldet werden kann, so ist es hier, nach dem, was ich oben über die Zeugnisse der Verbrecher von ihren Mitschuldigen gesagt habe, vollends zu verwerfen. Es wird nun vielleicht der Grund dafür verlangt, dass das Ergebniss eines derartigen Raisonements ein Vorurtheil und nicht etwa ein Beweis durch Induction ist (der übrigens im Criminal-Process auch nicht seine Berichtigung findet), weshalb ich mich auf die Rechtfertigung meiner Behauptung einlassen will, besonders da ich bei der Gelegenheit zugleich meine Ansichten über die verbrecherischen Motive der Ello und Liis auseinandersetzen muss. Das Sittliche ist sich selbst gleich in allen seinen Erscheinungsformen; es kann mittelbar oder unmittelbar immer nur Adäquates erzeugen und muss daher hier auf dem Gebiete des menschlichen Handelns, nicht nur der innern Bewegung und Thätigkeit des Geistes, welche einen Zweckbegriff festgestellt hat und dadurch eine Reihe von Handlungen beherrscht, als Substanz zu Grunde liegen,

sondern auch alle diejenigen Handlungen, durch welche der Zweck zu seiner Verwirklichung gelangen soll, können nur nach der von jener Grundsubstanz gesetzten Norm bestimmt werden, dürfen also mindestens in keinen Widerspruch mit ihr treten. Wenn also die Erhaltung der weiblichen Ehre die Grundidee der Ello und Liis gewesen wäre und in ihnen den Vorsatz erzeugt hätte, sie mit Hülfe aller ihnen zu Gebote stehenden Mittel zu realisiren, so, sage ich, hätten diese Mittel der desfallsigen sittlichen Substanz ihres Zweckes mindestens nicht widersprechen können. Wenn es aber dennoch der Fall ist, und wer wollte es hier, wo ein Mord als Mittel dienen soll, in Abrede stellen, — kann da wohl noch jene sittliche Substanz für den Vorsatz der Ello und Liis angenommen werden? kann da wohl die Sittlichkeit nach ihrer Verwirklichung streben, wo sie selbst sich vernichtet? Diese Fragen müssen wir absolut verneinen, wobei wir jedoch, mit Hinblick auf abnorme psychologische Zustände, gewisse Ausnahmen statuiren, deren nähere Betrachtung aber hier unsere Aufgabe nicht sein kann. Diese aus dem Begriffe der Sittlichkeit selbst hergeleitete Ansicht findet noch in andern, actengemässen Umständen ihre Unterstützung. Ello hatte sich, als sie zu Lebzeiten ihres Mannes in ehebrecherischem Verkehr mit dem Herrn Pinto stand, ihre Gunsterweisungen von demselben bezahlen lassen, die aber von ihm, weil er nicht sehr freigebig war, zu gering veranschlagt worden. Liis hatte gleichfalls mit einem Schneider in verbotenem [fleischlichem] Umgange gelebt und ein uneheliches Kind geboren, sie ist nach dem Zeugnisse ihres Beichtvaters „verbuhlt, eitel und leichtsinnig“. Daher scheint mir das Hauptmotiv dieser Verbrecherinnen insbesondere Furcht vor ihrer Herrin gewesen zu sein,

die sie mit Verschickung nach Sibirien bedroht hatte, nicht aber, wie sie mit angeben, verletztes Schamgefühl und Besorgniss um ihre weibliche Ehre, die mindestens in einem sehr zweideutigen Lichte erscheint. Beide Inquisitinnen sind schlau und entschieden, und wenn sie auch, dem Zwange der Umstände weichend, ihr Schuldbekenntniss abgelegt hatten, so bemerkt man doch sogleich, dass sie sich nicht schlecht-hin verloren geben, sondern um jeden Preis ihre Strafe zu mildern bedacht sind. Dies zeigt sich zuerst in ihrer abweichenden Erzählung des Herganges der Mordthat. Ello deponirt: „Liis habe sie im entscheidenden Augenblicke gerufen und gesagt: „komm, wir wollen dem Ding ein Ende machen und ihn uns vom Halse schaffen.“ Liis dagegen behauptet gesagt zu haben: „Thue nun was du dir vorgenommen hast, da du doch deswegen gekommen bist.“ Wir finden noch häufig Gelegenheit dieselbe Bemerkung zu machen, dass eine jede von ihnen, soweit es möglich, ganz unthätig bei dem Morde zu erscheinen bemüht ist und obgleich derartige Abweichungen für die Beurtheilung ihrer Strafbarkeit wenig erheblich sind, so sieht man doch, dass man es mit verschlagenen Inquisitinnen zu thun hat, die Alles zu ihrem Vortheil benutzen wollen, ja sogar im angeführten Falle ihre Miturheberschaft, auf gegenseitige Kosten, zur blossen Theilnahme am Verbrechen der andern herabzusetzen bemüht sind. Ferner hatte Ello deponirt, es sei anfangs ihre und der Liis gemeinsame Absicht gewesen, den Herrn Pinto mit Ruthen zu züchtigen, doch Mango, dem sie diese Absicht mitgetheilt, habe ihr gerathen, lieber seinem Leben „durch Erdrosselung“ ein Ende zu machen. Bei dem zweiten Verhör aber scheint sie, Ello, die hier gemachte Aussage vergessen zu haben und antwortet auf

die Frage: „Ob sie der Liis zuerst den Vorschlag zur Erdrosselung gerade gemacht?“ „Nein! das habe Liis gethan u. s. w.“ Sie weicht also in der zweiten Aussage bedeutend von der ersten ab, indem sie hier angiebt, ein *consilium instructivum* von Mango erhalten zu haben, während sie es später für gerathener hält, ihm nur ein *consilium generale*, und der Liis das *instructivum* zuzuschreiben. Sie bleibt also ihrem Grundsatz getreu nur Vortheilhaftes für sich auszusagen, denn es ist evident, dass beide Aussagen sie in einem milderen Lichte darstellen; sie erscheint in der einen sowohl, wie in der andern als die Unglückliche, die nur durch fremden Rathschluss zum Verbrechen veranlasst worden ist. Daraus ergiebt sich denn nun auch der Werth ihrer Aussagen über Mango; denn es liegt nahe, dass nicht die Macht der Wahrheit, nicht die Angst des Gewissens diese verbrecherische Weibsperson und ihre Mitschuldige angetrieben hat, den unglücklichen Mango der Anstiftung zu beschuldigen, sondern einzig und allein die Hoffnung, auf Kosten der Wahrheit ihre Strafe gemildert zu sehen. Bei diesem Bestreben nun, bot sich ihr, da sie verschlagen und in der Wahl ihrer Mittel keineswegs verlegen und bedenklich war, die günstigste Gelegenheit in der Persönlichkeit des Mango dar, die wir daher noch kurz betrachten wollen. — Mango, der zur Zeit der gerichtlichen Verhandlung dieses Rechtsfalles im dreissigsten Lebensjahre stand, hatte bereits 5 Jahre hindurch mit einem allgemein geachteten Weibe May in der glücklichsten Ehe gelebt, in der ihm 3 Kinder geboren waren; durch seinen Lebenswandel hatte er bis dahin noch nie einen Anstoss zur Unzufriedenheit und Klage gegeben, sondern war nach dem Zeugniss seines Beichtvaters und seiner Dienstgenossen ein religiöser, ordent-

licher und überaus demüthiger Mensch, wenn gleich ein kräftiges Naturell, durch keine Bildung beherrscht, ihn nicht selten roh und ungeschliffen erscheinen liess. Dies ist besonders hervorzuheben, so wie der Umstand, dass er gegen seine Herrschaft (wozu er natürlich auch seine Richter rechnet) knechtisch demüthig war, wie es die Erbhunterthänigkeit, in der er lebenslänglich gestanden, so häufig mit sich bringt. Wenn er nun daran gewöhnt war, etwaigen Neckereien und Ungebühren von Seiten seiner Dienstgenossen nur mit Ausbrüchen seiner derben Natur zu begegnen, so musste er in Gegenwart der Herrschaft seine Natur verleugnen, wodurch er auch zugleich im Fall eines Angriffes seiner gewohnten Waffen beraubt wurde, da er dieselben nur dort gebrauchen konnte, wo er nicht gezwungen war, aus seiner Unmittelbarkeit herauszutreten, d. h. also nur seinen Dienstgenossen gegenüber. Denn seine knechtische Demuth musste ihn seiner Herrschaft gegenüber, als im Zustande der Gebundenheit, auch der geringen geistigen Activität und Besonnenheit, die ihm sonst vielleicht noch im Zustande der Freiheit eigen war, berauben. Ello nun kannte ihn genau und durfte mit Gewissheit voraussetzen, dass eine recht freche Anschuldigung ihrerseits von ihm niemals widerlegt werden würde, denn im Falle einer etwaigen Confrontation brauchte sie ja nur beharrlich bei ihrem Angriffe zu bleiben, um ihn, den Wehrlosen, zu vernichten; Beharrlichkeit aber durfte sie sich in dieser Hinsicht wohl zutrauen, denn die hatte sie schon bei Gelegenheit einer anderen Confrontation (*fol. act. 5.*) auf eine bewunderungswürdige Weise an den Tag gelegt und zwar zweien Confrontanten gegenüber.

Nach diesen vorläufigen Bemerkungen zur Charakterisirung der drei Hauptinquisiten, will ich zu der gegen Mango

erhobenen Anschuldigung wegen seiner angeblich der Ello wiederholt gegebenen Rathschläge übergelm. Auf Befragung des Gerichts deponirte Ello: „Mango sei ihr am Abend vor dem Morde, als sie in den Viehstall gegangen, um die Schweine zu füttern, nachgeschlichen und habe gesagt: „höre, wie bleibt es, wirst du meinen Rath befolgen? und als sie sich bedenklich geäussert, habe er ihr dringend zugeredet.“ Von diesem Rathe nun wollte Mango schlechterdings nichts wissen, während er doch sogleich beim ersten Verhör des zur Mittagszeit im Stalle erteilten Rathes geständig war und sich überhaupt durch keinen Widerspruch einer Abweichung von der Wahrheit verdächtig gemacht hatte. Kann hier nun die geringste Vermuthung für die Wahrheit dieser Anschuldigung entstehen, oder muss nach dem oben Bemerkten nicht vielmehr angenommen werden, dass die ganze Thatsache nur eine Erdichtung der lügenhaften Ello sei? denn die Annahme dieser Thatsache involvirt eben wegen der in ihr ausgedrückten Beharrlichkeit des Mango eine bedeutende Intensität seiner verbrecherischen Willensbestimmung, von welcher aber, wie unten bewiesen werden soll, sich nicht der geringste Grad nachweisen lässt. Der Richter ist also gezwungen, sich hier zu Gunsten des Mango zu entscheiden. — Ferner deponirt Ello: „kurze Zeit nach dem obenerwähnten Rath habe sie Milch in die Milchammer getragen und den Mango schon mit seinem Weibe im Bette liegend gefunden. Mit Zittern habe sie ihm gesagt: ich wage es nicht, was soll ich thun? Mango habe aber geantwortet: wovor fürchtest du dich? nimm die Liis zur Hülfe, da seid ihr stark genug. May sei noch wach gewesen und habe alles gehört, aber dazu geschwiegen.“ Ausserdem, dass sich der Richter auch hier, wie oben zu

Gunsten des Mango entscheiden muss, findet sich auch noch ein directes Beweismittel gegen die Aussage der Ello. May nämlich über diesen Umstand befragt, theilte dagegen ein Gespräch, das Ello mit ihr und ihrem Manne an jenem Abend geführt hatte und das von dieser gänzlich verschwiegen worden war, desgleichen eine, gegen die Anschuldigung der Ello, dass sie, May, Mitwisserin gewesen, sprechende Thatsache (*fol. act. 14.*) dem Gerichte mit. In der zwischen ihr und der Ello angestellten Confrontation beharrte sie ruhig bei ihrer Aussage, so dass diese sich endlich genöthigt sah, die von ihr, May, angegebenen Thatsachen ohne die geringste Modification einzuräumen und die ihrer Anschuldigung durchaus entgegengesetzte Erklärung zu geben: „May habe nichts von ihrem, der Ello, Gespräch mit Mango gehört und erst am Morgen nach der That, als sie dieselbe erfahren, Zeichen der Befremdung und des Erstaunens von sich gegeben.“ — Wie sehr finde ich nun hier meinen Verdacht bestätigt: Ello erdichtet Anschuldigungsthatsachen und vertraut, wenn diese sie den Confrontanten gegenüber führen, auf ihre Frechheit und Standhaftigkeit. Als Mango es in Abrede stellte, diese beiden Rathschläge der Ello gegeben zu haben, ward sogleich, ohne die von mir hervorgehobenen Umstände zu berücksichtigen, zu seiner Confrontation mit der Anklägerin geschritten, die wegen ihrer grossen Wichtigkeit für die Beurtheilung dieses ganzen Rechtsfalles eine genaue Beprüfung erheischt.

II. So vortrefflich die Confrontation als Mittel zur Erlangung wahrheitgemässer Angaben der Zeugen sowohl als der Inquisiten immerhin sein mag, so kann doch nicht in Abrede gestellt werden, dass der Richter sich ihrer nur mit grosser

Vorsicht und besonderer Berücksichtigung der Individualität jedes einzelnen Confrontanten bedienen dürfe. Dieser, von allen Criminal-Praktikern anerkannten Regel ist hier ganz und gar zuwider gehandelt worden, wenn man die *sub I.* geschilderte Persönlichkeit des Mango und der Ello, so wie ihr leicht vorauszusehendes Verhalten bei einer Confrontation berücksichtigt. Und dennoch waren keine Gründe vorhanden, von dieser Regel abzuweichen, keine Umstände, die einen dringenden Verdacht gegen Mango begründeten, im Gegentheil, schon der innere Widerspruch in den bezüglichlichen Aussagen der Ello spricht gegen die Wahrhaftigkeit derselben. Wenn nun schon unter den hier gegebenen Umständen eine Confrontation überhaupt gegen die Regeln des Strafprocesses verstösst, so ist noch insbesondere das Resultat dieser Confrontation, das Geständniss des Mango, als nichtig anzusehn. Wegen der ausserordentlichen Wichtigkeit dieser Confrontation und ihres Ergebnisses sehe ich mich veranlasst, die bezüglichliche Actenstelle (*fol. act. 10.*) wörtlich hier aufzunehmen:

„Inquisitin Ello beharrte standhaft auf allen ihren, den „Mango betreffenden Aussagen und wiederholte sie ihm „*ipsissimis verbis* ins Gesicht. Worauf denn zuletzt „Inquisit Mango geständig war, ihr, der Ello, zuerst im „Stalle (gegen Mittag) wegen der beabsichtigten Ermordung gesagt zu haben, dann gegen Abend in den Viehgarten zur Ello — als sie gerade die Schweine gefüttert „— mit erneuerten desfallsigen Anträgen gekommen zu „sein und zuletzt, als er schon im Bette gelegen und die „Ello schwankend und ungewiss sich gegen ihn geäussert, „ihr Muth zugesprochen zu haben. Zu dem Geständniss „aber, ob er der Ello für die Ausführung des Verbrechens

„irgend etwas als Belohnung versprochen, war Inquisit „Mango alles Zuredens ungeachtet nicht zu bringen; wiewol „aber mehrentheils den desfallsigen dringenden Fragen „durch die Antwort aus: er habe ihr nichts gegeben noch „gezahlt. Aus allem übrigen indess, so wie auch aus „dem beständigen Schwanken und furchtsamen Zweifeln „schien die feste Aussage der Ello fast evident.“ —

Folgende räthselhafte Randglosse: „Für die Lüge ward der Inquisit Mango mit 20 Hieben bestraft“ umschliesst den Inhalt dieser Actenstelle. Nach einer genauen Beprüfung derselben kann ich nicht umhin, ihre Rechtsgültigkeit anzustreiten, zu welchem Zwecke ich es für angemessen halte, folgende Punkte hervorzuheben:

1) Mango ist einer sehr bedeutenden Ungehorsamsstrafe unterzogen worden, weil er nicht sogleich die von Ello gegen ihn erhobenen Anschuldigungsthaten einräumen wollte; nach dem, was uns von seiner Furchtsamkeit (deren in dieser Actenstelle selbst Erwähnung geschieht), von seiner knechtischen Demuth dem Gerichte gegenüber und überhaupt von seiner Persönlichkeit bekannt ist, werden wir nicht verkennen, welche Wirkung eine solche Züchtigung auf ihn ausüben musste*); — hatte er schon gleich anfangs wenig Muth ge-

) Es muss überdies noch bemerkt werden, dass das hier angegebene Verfahren des Gerichts mit wiederholt emanirten Allerhöchsten und Senats-Ukassen im Widerspruch steht. Nach geschlossenem Verhör hat der Inquisit ein Reversale darüber auszustellen: dass er während des ganzen Processes weder parteiisch, noch auf irgend eine Weise benachtheiligend behandelt worden ist; aber von einem solchen Reversale findet sich nichts in den Acten. — Ueber dieses vorgeschriebene Reversale vergleiche v. SAMSON'S Institutionen des livländischen Processes §. 1620. OSENBRÜGGEN'S Theorie u. Praxis I. S. 36. not.

habt, weil er, wie oben gezeigt, seiner gewohnten Waffen beraubt, nun wehrlos den Ausgang eines ungleichen Wortkampfes mit der verschmitzten Ello zu fürchten hatte, so musste er nun seinen Muth und seine Besonnenheit gänzlich verlieren.

2) Es ist die Aufgabe des Richters im Inquisitions-Process die materielle Vertheidigung des Angeklagten zu übernehmen, wie aber aus den höchst naiv klingenden Worten dieser Actenstelle: „Zu dem Geständniss, ob er der Ello für die Ausführung des Verbrechens irgend etwas als Belohnung versprochen, war Inquisit Mango, alles Zuredens ungeachtet, nicht zu bringen“ — hervorgeht, scheint der Richter diese Aufgabe ganz ausser Acht gelassen zu haben; und besonders die Worte „alles Zuredens ungeachtet“, sind für das ganze Confrontationsverfahren bezeichnend, indem sie den leitenden Gesichtspunkt des Richters angeben, nämlich: Mango ist schuldig und man muss seine Verstocktheit und Halsstarrigkeit durch eindringliches Zureden mit Drohungen und Ruthen zu beugen suchen.

3) Der, besonders im 17. Jahrhundert durch Deutschland verbreitete *usus fori**) des „articulirten“ Verhörs für die Hauptuntersuchung ist frühzeitig auch nach Livland hinüber gekommen und hat daselbst entschieden praktische Geltung gewonnen. Indem nun der Untersuchungsrichter dies articulirte Verhör ausser Acht gelassen, hat er einen Formfehler begangen, der aber zugleich auch

4) einen materiellen Fehler in sich schliesst, welcher,

*) cf. TITTMANN, Handbuch des Crim.-Rechts Bd. III. S. 388. — MITTERMAIER, deutsches Strafverfahren §. 143. — RICHTER, livländischer Strafprocess (Riga 1815) Theil I. §. 63. —

indem er im vorliegenden Fall Nullität begründet, den hohen Werth dieses Gerichtsbrauches beurkundet. Es ist nämlich die Aufgabe des Untersuchungsrichters die Thatsachen, auf die ein Criminal-Urtheil gegründet werden soll, ans Licht der Wahrheit zu bringen; hier aber finden sich nicht Thatsachen (als die *verba ipsissima*, das Benehmen u. s. w. der Confrontirten), sondern nur Urtheile über jene Thatsachen, die aber gar keine rechtliche Bedeutung haben. Wenn es nämlich in dieser Actenstelle heisst: „Mango ist geständig“, so hat das erkennende Gericht die bezüglichlichen Thatsachen, die das Substrat dieses Urtheils bilden, zu prüfen, um darüber zu entscheiden, ob wirklich ein rechtsgültiges Geständniss vorliege, da dem untersuchenden Gericht eine solche Definitiventscheidung nicht competirt. Im vorliegenden Fall ist aber jene gesetzlich vorgeschriebene Prüfung der Thatsachen nicht möglich, da das erkennende Gericht immer nur zu einer schwankenden Vermuthung über dieselben gelangen kann, wenn es erst von dem Urtheil des Instructions-Richters auf sie (die diesem Urtheil zu Grunde liegen sollen) zurückschliessen muss; eine solche Vermuthung genügt ihm aber nicht, es muss juristische Gewissheit haben, zu der es jedoch in Folge der formellen und materiellen Verletzung der criminalprocessualischen Regeln von Seiten des untersuchenden Gerichts nie gelangen kann. Indem also das Landgericht hiermit zugleich weit über die Grenzen seiner Competenz hinausgegangen ist, hat es dem Hofgericht die Möglichkeit genommen, ein Urtheil zu fällen, das allein rechtsgültig sein könnte. Aus dieser Verlegenheit aber kann man sich, da eine nachträgliche Ergänzung der Untersuchungsacten nicht mehr möglich ist, nur dadurch befreien, dass man in Erwägung aller von mir

hervorgehobenen Umstände, diese ganze Actenstelle und das Geständniss des Mango, das nach der Ansicht des Landgerichts in derselben enthalten sein soll, für null und nichtig erklärt.

Damit ist nun die Hauptgrundlage des hofgerichtlichen Urtheils weggefallen und es bleibt uns nur noch die von Mango Mittags im Stalle gegen Ello gethane Aeusserung zu betrachten übrig, um darüber zu entscheiden, ob sie (nach Ausscheidung der andern) die einzige unzweifelhafte Anschuldigungsthatfache gegen Mango unter den Begriff der Anstiftung zu ziehen sei.

Es wird daher hier zunächst meine Aufgabe sein, diesen Rechtsbegriff (der Anstiftung) mit Rücksicht auf den gegenwärtigen Stand der Wissenschaft zu entwickeln. Die Literatur dieses Gegenstandes ist aber, da die ausgezeichnetsten Juristen ihre Thätigkeit seiner Bearbeitung zugewandt haben, eine so bedeutende geworden, dass ich mich bei Erörterung desselben darauf beschränken muss, die besonders hervorragenden bezüglichlichen Schriften in Betracht zu ziehen, indem es nicht im Bereiche meines Vorwurfes liegt, diese ganze Literatur einer Prüfung zu unterwerfen und die verschiedenen Ansichten über diesen Gegenstand zusammen zu tragen, und ich andererseits eine blosse Aufzählung der bezüglichlichen Schriften für überflüssig halte. Am meisten Berücksichtigung verdient hier meiner Ansicht nach ein neueres Werk*) von BERNER, der bereits früher schon durch seine „Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre“ auf dem Gebiete unserer Wissenschaft

*) Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa von Dr. ALB. FRD. BERNER. Berlin 1847.

rühmlichst bekannt geworden ist. BERNER hat die Aufgabe der neueren Jurisprudenz richtig erkannt und zu lösen versucht: er betrachtet sie im Lichte der Philosophie und sucht überall ihre realen Principien auf. Freilich glaubt er dieselben in seinem eben angeführten Werke (die Lehre von der Theilnahme u. s. w.) wirklich schon gefunden zu haben und daher keine Differenzen neben sich dulden zu dürfen, wodurch er nicht selten insolent erscheint, allein diese Schwäche lässt sich den meisten Anhängern der HEGEL'schen Philosophie vorwerfen und weist auf die Unvollkommenheit dieser Philosophie selbst, als einer menschlichen, hin. Indem sie nämlich davon ausgeht, dass alles begreifende Erkennen nur eine subjective Reproduction des objectiven Begriffes sei und dass ein solches Begreifen dadurch zu Wege gebracht werden kann, dass die menschliche Denkhätigkeit nach denselben Gesetzen sich fortbewegt, die der dialektischen Bewegung des objectiven Begriffes zu Grunde liegen, — so lehrt sie zwar, worin die Wahrheit *in abstracto* besteht, desgleichen, wie die Erkennbarkeit der Dinge möglich ist (wodurch sie über den KANT'schen Standpunkt weit hinausgeht) keineswegs aber, und daran erkennen wir die Schranken des Menschengesistes, ist sie im Stande, ein Kriterium für die Congruenz des subjectiven und objectiven Begriffes oder der Kategorie, d. h. also ein Kriterium der Wahrheit, aufzustellen. Die Erkenntniss der Wahrheit ist nur eine abstract mögliche und es wäre ein Verkennen des zum Begriffe der Nothwendigkeit oder vollen Wirklichkeit derselben annoch erforderlichen Momentes der äusseren Wirklichkeit, wollte man die Erkenntniss für ausschliesslich oder nothwendig wahr erklären. Diejenigen aber, die es dennoch thun, machen sich einer *petitio principii*

schuldig, indem sie die Richtigkeit ihrer Constructionen im concreten Falle (die also hier das Moment der äusseren Wirklichkeit wäre) in Ermangelung von Argumenten stillschweigend voraussetzen und ihre subjectiven Gedanken für Kategorien halten, damit aber zugleich andere, eben so sehr oder eben so wenig berechnigte subjective Gedanken (als ihren vermeintlichen Kategorien widerstreitend) mit Insolenz verwerfen. — Wenn wir daher BERNER's hohem Standpunkte alle Gerechtigkeit widerfahren lassen, so werden wir nichts desto weniger untersuchen müssen, ob nicht, eben wegen der Höhe des Standpunktes, seine Gesichtspunkte bisweilen verrückt worden und ob nicht etwa, trotz seiner Versicherung, immer nur die Sache selbst, nicht aber über die Sache gedacht zu haben, dennoch das letztere bisweilen der Fall ist. — Meiner Ansicht nach ist die zweckmässigste Art für die Benutzung der in der Literatur gebotenen fremden Errungenschaften die, dass man in inniger, steter Beziehung zu diesen, also affirmativ oder negativ die Resultate der eigenen Forschung zu erstreben sucht; denn nur so, durch gemeinsames, d. h. mit dem fremden zusammenhängendes Arbeiten kann für die Wissenschaft gewirkt werden und manches Ergebniss der Forschung, das mit dem objectiven Begriffe wirklich nicht zusammen fällt, findet dennoch als Moment in dem Vermittelungsprocesse der absoluten Idee mit unserem Bewusstsein seine Berechtigung, sei es auch nur als negatives Moment. Ich kann daher HERR*) keineswegs beistimmen, wenn er BERNER's Insolenz rügend erklärt, BERNER möge seinen Weg gehen, werde ihn aber

*) Archiv des Crim.-Rechts. N. F. Jahrg. 1848, 2. Stück S. 263 ff.

trotz dem, dass er das reale Princip der Dinge in der Hand zu haben vorgiebt, nie von dem seinigen abbringen, sein Weg sei eben so berechtigt u. s. w. Durch solch eine Isolirung der Standpunkte muss vieles bereits Gewonnene wieder verloren gehen. Wenn ich nun das angeführte Werk von BERNER für das ausgezeichnetste und auf diesem Gebiete am meisten hervorragende halte, so erscheint es mir am zweckmässigsten, mich bei der Erörterung des in Frage stehenden Gegenstandes diesem Werke anzuschliessen, um so mehr, da in ihm sämtliche bedeutendere Erscheinungen der anderweitigen Literatur dieses Gegenstandes ihre gehörige Beachtung gefunden haben.

Nachdem BERNER in der Einleitung *sub* 1. die Handlung als einfachen Process des Subjects mit der Objectivität betrachtet, indem er zunächst ein einzelnes Subject der Objectivität gegenüberstellt und nachdem er aus dem Begriffe der Handlung, als der concreten Einheit von Wille und That, vermöge deren dialektischer Natur die in ihr liegenden Begriffe von Dolus und Culpa, Vollendung und Conat, höchst scharfsinnig entwickelt hat, so wendet er sich *sub* 2. der Handlung als dem Processe des Subjects mit dem Subjecte zu, indem er mehrere Subjecte, als zusammen handelnde ins Auge fasst. Hier geht er von zwei Grundbegriffen: Urheber und Gehülfe aus, von denen der Urheber dem Begriffe und der Zeit nach der Erste sein soll, indem der Gehülfe als zweite Person zu ihm herantritt. Weiter fährt er fort: „der Begriff der Beihülfe weist also hinter sich zurück; er bekennt sich selbst als abhängig. Nicht so der Begriff der Urheberschaft, der in sich selbst gegründet ist, und sich deshalb auch nicht an einen früheren, als den eigentlichen Stammbegriff anlehnt. Der

Begriff der Urheberschaft aber muss uns darüber Aufschluss geben, in welcher Weise sich die Gehülfen an den Urheber anschliessen müssen: die Absicht des Urhebers ist die beherrschende Seele des ganzen Unternehmens, die Neuhinzutretenden müssen also das ganze Werk als das selbstständige Eigenthum des Urhebers anerkennen, können daher die Absicht des Urhebers nicht zu ihrer eigenen machen, sondern suchen sie als eine fremde zu unterstützen und werden dadurch Gehülfen. Nachdem nun eine solche zusammengehörige Duplicität erreicht worden, ist der dialektische Fortgang zu weiteren Begriffen: Metamorphose der Thätigkeit durch das Bewusstsein und Metamorphose des Bewusstseins durch die Thätigkeit, in einem beständigen Uebergehen von der Seite des einen Subjects zu der des anderen. Der Urheber nämlich, an den sich der Gehülfe mit seiner Thätigkeit anschliesst, gewinnt in diesem Processe das Bewusstsein von seiner Superiorität über die Gehülfen, die sich ihm freiwillig unterordnen. Er fühlt sich gleichzeitig durch ihre Thätigkeit gefördert. Hatten daher die Gehülfen sich anfänglich aus sich selbst zur Beihülfe bestimmt, so wird sie jetzt der Urheber dazu bestimmen: Anstiftung zur Beihülfe.

Das neugewonnene Bewusstsein des Urhebers macht also seine Thätigkeit ebenfalls zu einer neuen. Es verwandelt ihn in den Anstifter zur Beihülfe. Es giebt ihm eine, anfänglich nicht vorhandene, intellectuelle Thätigkeit. In der Anstiftung zur Beihülfe wird der Gehülfe vom Urheber bestimmt; er wird als unselbstständiges Werkzeug, nicht als selbstständiges, intellectuelles Wesen behandelt; die Intelligenz seiner Thätigkeit liegt nicht in ihm, sondern im Urheber. Der Gehülfe

fühlt sich aber als dasselbe freie, geistige Selbst, das er im anstiftenden Urheber anschaut. Er erkennt zwar an, dass diese Handlung, diese Absicht, um deren Verwirklichung es sich handelt, dem Urheber gehöre, aber er weiss sich zugleich als intellectuelles Wesen, das in dem Verhältniss eines blos physischen Gehülfs nicht verharren kann. Er übt deshalb auf den Anstifter, der intellectuell auf ihn eingewirkt hat, wiederum seinerseits intellectuelle Einwirkung, die nur sein kann: Intellectuelle Beihülfe. Beihülfe muss seine Thätigkeit bleiben, weil er den Urheber noch als die leitende Macht des Ganzen anerkennt; intellectuell muss sie werden, weil er sich selbst als intellectuelles Wesen weiss. Das intellectuelle Verhalten des Gehülfs beweiset dem Urheber, dass der Gehülfe die das Ganze überblickende Absicht erfasst und dass derselbe diese Absicht auch selbst übernehmen und ausführen könne. Das Verharren desselben in der Beihülfe bekundet ihm zugleich, dass der Gehülfe die Absicht als das Eigenthum des Urhebers anerkennt und ihm dieselbe nicht entfremdet. Er überträgt ihm also die Absicht zur selbstständigen Ausführung, indem er dadurch für sich die intellectuelle Urheberschaft begründet. Wenn nun durch sie der blosse Gehülfe zum Urheber gemacht wird, so geht ihm in seinem neuen Verhältnisse als Urheber das Bewusstsein auf, dass er ebenfalls zur selbstständigen Verfolgung der Absicht vollkommen befähigt sei. Wenn er sich aber zugleich als blos physischen Urheber behandelt sieht, so geht ihm hieraus der Widerspruch hervor zwischen dem, was er sein könnte und dem, was er wirklich ist. Dieser Widerspruch treibt den physischen Urheber, seiner Absicht ebenfalls selbstständig nachzugehen, ohne die Bestimmung des intellectuellen Urhebers abzuwarten. Er spricht sich damit los und vollendet

seine Emancipation. Jetzt gehen also mehrere Urheber unabhängig von einander auf die Erreichung der Absicht aus. Eben wegen ihrer Unabhängigkeit von einander, kann ihr Zusammentreffen nur ein zufälliges sein: Zufällige Miturheberschaft.“ Hier erkennt BERNER zuerst den Zufall, sagt aber, er sei auf diesem Gebiete nothwendig und auch das Zusammentreffen der mehreren Miturheber werde dadurch zu einem früher oder später nothwendigen. Die zufällig zusammengetroffenen Miturheber gehen nun, indem sie sich unter einander über ihre Absicht verabreden, zum Komplott über und allendlich verbinden sie sich zur Bande, die eine stete Wiederkehr des Komplottes sichert. Nachdem nun folgende Reihe von Begriffen abgesetzt worden ist: Unmittelbare Urheberschaft, unmittelbare Beihülfe, Anstiftung zur Beihülfe, intellectuelle Beihülfe, intellectuelle Urheberschaft, zufällige Miturheberschaft, Komplott, Bande, — sucht BERNER die, die ganze Reihe beherrschenden, logischen Kategorien auf und es ergibt sich: „dass die ganze phänomenologische Entwicklung auf den drei grossen Angelpunkten des logischen Fortganges sich dreht: Substantialitätsverhältniss (unmittelbare Urheberschaft und unmittelbare Beihülfe), Caussalitätsverhältniss (Anstiftung zur Beihülfe, intellectuelle Beihülfe, intellectuelle Urheberschaft) und Wechselwirkung (zufällige Miturheberschaft, Komplott, Bande).“

Wenn wir nun diesen ganzen Entwicklungsgang einer näheren Prüfung unterziehen wollen, so drängt sich uns zunächst die Frage auf, kann der vorliegende Grundbegriff (Process des Subjects mit dem Subjecte) durch seine eigene dialektische Bewegung die Kategorien des Substantialitätsverhältnisses u. s. w. absetzen? Wir haben es hier mit dem Begriffe

des Zusammenhandelns von Personen zu thun, der der Sphäre der Freiheit angehört und sich nicht in Kategorien der Unfreiheit, der Nothwendigkeit bewegen kann; nicht logisch-metaphysische Kategorien können uns seinen vollen Inhalt aufschliessen, sondern wir haben ihm auf anderen, ihm eigenthümlichen Gebieten der Psychologie und der Ethik nachzugehen. Wir werden also nicht mit BERNER fragen dürfen: in welcher Weise sich die Zusammenhandelnden an einander anschliessen „müssen“ und diese Frage aus dem Begriffe des Zusammenhandelns entscheiden; wir werden ferner mit ihm nicht von der „immanenten Nothwendigkeit“ reden, die die „Phalanx“ der von ihm aufgestellten Begriffe zusammenhält, denn wir befinden uns hier in der Sphäre der Freiheit, die nicht durch Nothwendigkeit oder Vernünftigkeit begrenzt wird, in der das handelnde Subject beim Anschluss an ein anderes keine Norm, sei sie auf den Begriff gesetzt, anerkennt, sondern durch den freien Entschluss jede „Phalanx“ von Begriffen durchbricht. Freilich erkennt BERNER auch an (S. 14 ff.), dass diese logischen Kategorien des Substantialitäts-Verhältnisses u. s. w. nicht rein vorhanden seien und nur vergleichungsweise mit anderen Verhältnissen, ihre Berechtigung haben, aber dann verliert auch seine ganze Entwicklung den Charakter der logischen Nothwendigkeit, den er sonst doch festzuhalten bemüht ist. Er sagt, die reinen Kategorien der Logik behalten immer nur eine relative Wahrheit, wenn man sie auf concrete Verhältnisse anwendet; doch das passt gar nicht hierher, — vielmehr muss es heissen: logisch-metaphysische Kategorien der Nothwendigkeit lassen sich nicht auf Begriffe aus der Sphäre der Freiheit anwenden. BERNER hat es aber doch gethan, und wir wollen nun untersuchen, was die Folge davon

ist; — wir sehen sie schon im Geiste voraus: die der Freiheit angehörenden Begriffe werden die ihnen durch ungebührliche Einzwängung in die Kategorien der Nothwendigkeit, angethane Gewalt abspiegeln. Der Begriff der Theilnahme im wahren Sinne des Wortes (*concursum ad delictum facultativus* im Unterschiede von dem *necessarius*, der nicht hierher gehört) enthält nothwendig das Zusammenwirken von Subjecten in sich; aber diese Nothwendigkeit ist nur für den Begriff der Theilnahme, nicht aber für die unter ihn tretenden Subjecte vorhanden. Das Zusammentreten mehrerer Subjecte ist überhaupt möglich; um aber wirklich zu werden, bedarf es des Entschlusses solcher Subjecte durch freie Selbstbestimmung (also eines Zufälligen); ist nun letzterer existent geworden, so haben wir für die Theilnahme den Begriff des „nothwendigen“ Zusammenwirkens durch die concrete Einheit seiner beiden Momente gewonnen. Wenn also von Theilnahme überhaupt, wie hier, die Rede ist, so müssen wir nothwendig ein Zusammenhandeln (wenn gleich kein nothwendiges Zusammenhandeln) voraussetzen. Eben so geht auch BERNER von zwei Grundbegriffen: Urheber und Gehülfe aus, die auch nach seiner eigenen Ansicht *) in gegenseitiger Beziehung zu einander stehen, und dennoch meint er, der Urheber sei dem Begriffe, wie der Zeit nach früher als der Gehülfe. Was die Zeit anbetrifft, so ist uns das gleichgültig; was den Begriff anbetrifft, so kann ich BERNER nicht Recht geben: für den Be-

*) S. 206: „Nur wenn *concursum ad delictum* vorhanden ist, spricht man besonders vom Urheber, weil jeder Begriff nur an seinem Gegensatze hervortreten kann.“ Für eine einzeln handelnde Person wählt er die Bezeichnung Urheber nicht.

griff der Theilnahme ist, wie wir gesehen haben, das Zusammenhandeln mehrerer, eine Pluralität von Theilnehmern erforderlich; wir haben es hier zunächst nur mit dem abstracten Begriff der Theilnahme zu thun; das besondere Verhältniss, in welchem die mehreren zu einander stehn (ob sie alle Urheber oder einzelne von ihnen Gehülfe' seien; welcher Art die Urheberschaft sei: physische oder intellectuelle) ist uns noch ganz gleichgültig. Somit setzt also der Begriff des Urhebers auf diesem Gebiete den Gehülfe und umgekehrt, der Begriff des Gehülfe den Urheber voraus. Beide sind auf einander bezogen — identisch. Wir haben also, sobald wir das Gebiet der Theilnahme betreten, bereits sämtliche Kategorien der Wirklichkeit bis zur Nothwendigkeit hinauf und bis zur Wahrheit der Nothwendigkeit: bis zur Wechselwirkung durchlaufen, denn das Identische steht in der Wechselwirkung und die Theilnahme am Verbrechen beginnt selbst in der Sphäre der Freiheit, in die ja, wie auch BERNER sagt (S. 16.), jene Kategorien unmittelbar übergehen. BERNER durfte freilich zu Gunsten seiner „Phalanx von Begriffen“, dies allgemeine Requisit der Theilnahme: gegenseitige Relation, Wechselwirkung nicht zu deutlich hervorheben, denn was hätte man sonst mit seinem Substantialitäts- und Causalitäts-Verhältnisse in den besondern Fällen der Theilnahme angefangen, wenn sie, in der Wechselwirkung *implicite* enthalten, allgemeine Voraussetzung der Theilnahme wären. Ich übersehe nicht, dass BERNER's Wechselwirkung eine ganz andere Bedeutung hat, als die meinige, aber nach dem, was ich oben über die Möglichkeit, logisch-metaphysische Kategorien auf ethische Begriffe zu übertragen, hervorgehoben habe, kann mich diese Bemerkung nur auffordern, meine Untersuchungen fortzusetzen.

Ich habe es nur mit dem formellen Begriffe der Theilnahme und mit dem rein abstracten Verhältnisse der Zusammenhandelnden zu thun und dazu reichen die logischen Kategorien aus; BERNER will aber mit Hülfe dieser den concreten Inhalt der Theilnahme ermitteln und thut dadurch, wie bereits oben bemerkt worden, den zusammenhandelnden Subjecten selbst ungebührlichen Zwang an. Wenn nun ferner, wie wir oben gesehen haben, der Begriff der Theilnahme mit Nothwendigkeit das Zusammenhandeln mehrerer: Wechselwirkung, voraussetzte, aber diese Nothwendigkeit die Momente der abstracten Möglichkeit und der äusseren Wirklichkeit oder Zufälligkeit (in Bezug auf die freie Selbstbestimmung der zusammentretenden Subjecte) in sich enthielt oder vielmehr die concrete Einheit beider war, wenn also das mit Nothwendigkeit für den Begriff der Theilnahme vorausgesetzte Zusammentreten an sich kein nothwendiges, sondern ein zufälliges war, so ist der Zufall eine eben so allgemeine Voraussetzung der Theilnahme, wie die Wechselwirkung; denn wäre das Zusammentreffen der mehrern Subjecte ein nothwendiges (etwa durch Aufhebung ihrer freien Selbstbestimmung), so hätten wir es nicht mehr mit handelnden Personen, also nicht mit dem Begriffe der Theilnahme zu thun. Auffallend ist es daher, wenn BERNER erst bei der zufälligen Miturheberschaft den Zufall erkennt und sagt: (S. 10.) „denselben in den Gang einer objectiven Begriffsentwicklung hereinzubringen, ist eben so schwer, als ihn wieder hinausschaffen. Man kann indess nicht sagen, dass durch das Eintreten des Zufalles die Entwicklung des Ganzen hier die Nothwendigkeit des Fortschreitens einbüsse.“ Das Zusammentreten der mehrern Theilnehmer ist (zwar nicht an und für sich, aber gegenseitig für den andern) in dem

hierher gehörenden Sinne immer ein zufälliges, gleichviel ob Verabredung oder Anstiftung oder auch keines von beiden vorgegangen ist. Wenn BERNER sagt (S. 322.): „Wenn es das Kriterium jeder wahren Eintheilung ist, dass sie den Begriffen, die sie gliedern will, keine Gewalt anthut, sondern als deren immanentes Entwicklungsprincip überall frei durchgeht und jedes Glied in seiner vollen Integrität stehen lässt, so giebt es wohl keinen schlagenderen Beweis für die Unwahrheit einer Eintheilung, als dass sie sämtliche Glieder zerhackt,“ — so stimme ich ihm vollkommen bei, allein ich muss diesen Ausspruch auf seine eigene Deduction anwenden, die ich oben im einzelnen mitgetheilt habe. Im Criminalrecht kommen nur handelnde Subjecte, also *eo ipso* intellectuelle Wesen in Betracht; BERNER meint es anders: — je nachdem der Gehülfe sich einmal aus sich selbst zur Beihülfe bestimmt; ein anderes Mal „als unselbstständiges Werkzeug“ behandelt wird (indem hier der Urheber eine „anfänglich nicht vorhandene“ intellectuelle Thätigkeit gewonnen hat) oder endlich sich als intellectuelles Wesen weiss, — ist er entweder: unmittelbarer Gehülfe, oder angestifteter Gehülfe, oder intellectueller Gehülfe. Ich lasse diese Eintheilung selbst gegen sich reden und erkläre kurz, dass ich hier überall nur einen Gehülfen erblicke, der zwar nach der Art und Weise seiner Hülfleistung ein physischer oder intellectueller sein kann, ohne aber im ersten Fall als unselbstständiges Werkzeug und nur im zweiten als intellectuelles Wesen behandelt zu werden. Eben so wenig kann hier die Anstiftung einen Theilungsgrund abgeben. Der Uebergang ferner von dem Begriffe der intellectuellen Beihülfe zu dem der intellectuellen Urheberschaft ist nicht nur ein erzwungener, sondern offenbar ein vollkommen falscher.

Das intellectuelle Verhalten des Gehülfen beweiset dem Urheber, dass der Gehülfe die, das Ganze überblickende Absicht erfasst und dass derselbe diese Absicht auch selbst übernehmen und ausführen könne u. s. w. Wenn sich also A. durch gute Rathschläge dem B. als „intellectuelles Wesen“ beurkundet hat, so muss B. ihn zugleich für den tüchtigsten zur Ausführung seiner Pläne halten. Das Falsche dieser Ansicht liegt auf der Hand: wenn B. intellectueller Urheber werden will, so wird er nicht den Mann des Rathes, sondern den Mann der That aufsuchen und offenbar wäre hier der Uebergang von der physischen Beihülfe einfacher und richtiger gewesen. Ich sage richtiger, nicht richtig, weil ich diese ganze Eintheilung als Darstellung eines dialektischen Entwicklungsganges verwerfe, denn wenn es sich um den Inhalt, nicht um den formellen Begriff der Theilnahme handelt, so müssen wir nicht in der Bewegung des Begriffes, sondern auf ethischem Gebiete das *fundamentum divisionis* aufsuchen, denn der Begriff der Theilnahme ist eben so umfangsreich, wie die Willkühr der handelnden Subjecte, und wenn er sich erschliessend uns die verschiedenen Formen und Nüancen gezeigt hat, in denen er erscheinen kann, so ist der neugewonnene Reichthum, (wenn wir nicht damit zugleich eine teleologische Grundlage gewinnen, d. h. wenn wir nicht einen ethischen Maassstab an die Handlung zu legen im Stande sind, um sie nach ihrem sittlichen Werthe oder Unwerthe zu unterscheiden) nur ein Verlust, indem er Verwirrung erzeugt. Dieser Werthmesser nun ist uns in der Strafbarkeit gegeben; sie allein ist das wahre *fundamentum divisionis* für die verschiedenen Erscheinungsformen der Theilnahme. Fassen wir also hier die Stellung der einzelnen Teilnehmer zur Rechts-

verletzung ins Auge, so können wir die Theilnahme nicht mit BERNER als den Process des Subjects mit dem Subjecte betrachten, sondern vielmehr als den Process mehrerer Subjecte mit der Objectivität, wobei wir aber das Verhältniss der einzelnen Subjecte unter einander, so weit es für die Beurtheilung des Verhältnisses jedes einzelnen zum verletzten Strafgesetz selbst relevant ist, genau berücksichtigen müssen. Wir haben also hier, eben so wie bei dem durch ein einzelnes Subject verübten Verbrechen, die beiden Momente der Handlung in Betracht zu ziehen: Wille und That. Der Wille der mehreren Subjecte kann nun entweder direct auf die Verübung des Verbrechens gerichtet sein: Miturheber, zufällige oder vertragsmässige — sie trifft das volle Maass der Strafe; oder der verbrecherische Wille ist ein indirecter und zwar direct nur, entweder auf die Bestimmung eines Anderen zur Begehung des Verbrechens, oder auf die Unterstützung eines Anderen bei der Begehung des Verbrechens gerichtet: intellectueller Urheber oder Gehülfe: — ihre Strafbarkeit ist geringer*); denn das Thatmoment deckt hier nur die directe Absicht, nicht die indirecte. Wir heben hier nur das Willensmoment hervor, dem natürlich, für den Begriff des vollendeten oder versuchten Verbrechens, das Thatmoment vollkommen oder minder vollkommen (nach den Regeln für die Handlung im Allgemeinen) entsprechen muss. Nachdem wir nun die Grundlage des BERNER'schen Systems einer strengen und, wie ich

*) Was die Gehülfen und deren Strafbarkeit anbetrifft, so wird meine hier ausgesprochene Ansicht nicht auffallen; rücksichtlich des intellectuellen Urhebers aber bemerke ich, dass das Resultat meiner späteren Untersuchungen hier anticipirt worden ist, weshalb ich nur auf dieselben zu verweisen brauche.

mir einbilde, auch gründlichen Prüfung unterworfen und die von allen Criminalisten hervorgehobenen drei Arten der Theilnahme: Miturheberschaft, intellectuelle Urheberschaft und Urheberschaft mit Beihülfe, nach einem anderen, meines Erachtens einzig richtigen Eintheilungsprincipe gewonnen haben, wenden wir uns mit Bezug auf BERNER dem hier näher zu betrachtenden Begriffe der intellectuellen Urheberschaft zu. BERNER sagt (S. 250.): „das Causalitätsverhältniss“ (in welcher Kategorie er bekanntlich die intellectuelle Urheberschaft betrachtet) „begründet allemal einen doppelten Rhythmus. Der erste Rhythmus der Handlung, der unter der Potenz der Ursache steht, liegt darin, dass der Anstiftende den Willen des Anderen bestimmt; der zweite darin, dass der Wille dieses Anderen, der nun als angestifteter den Willen des Anstifters in sich enthält, als eine gedoppelte Willenspotenz zur That fortschreitet und in die Objectivität eintritt;“ ferner (S. 310.) heisst es: „durch den Causalzusammenhang in der Handlung des physischen Urhebers geht auch der Wille des intellectuellen Urhebers in That über,“ und (S. 254.) „weil der Wille des Angestifteten ein abgeleiteter ist, macht er den Anstifter für diesen Rhythmus absolut verantwortlich; weil Wille, hebt er die eigene Verantwortlichkeit des Angestifteten in keiner Weise auf.“ Beide Urheber, den intellectuellen und physischen erklärt er „*in abstracto* ganz uneingeschränkt“ für gleich strafbar, weil er nämlich die Thätigkeit beider als eine Handlung in zwei verschiedenen Rhythmen auffasst. Dieser wichtige Satz ist zunächst einer Prüfung zu unterziehen. Wenn wir den Begriff des Handelns richtig auffassen, als den Vermittelungsprocess des Willens mit der Objectivität durch die That und die letztere nur so weit Handlung nennen, als

sie im Entschlusse liegt, oder so weit der Wille sie als die seinige anerkennt, so werden wir das Irrthümliche in BERNER'S Ansicht nicht übersehen, der von zwei verschiedenen Rhythmen einer Handlung redet, wo in Wahrheit zwei selbstständige Handlungen vorliegen. BERNER nimmt eine Thätigkeit des intellectuellen Urhebers an, die keine Handlung, sondern blos Rhythmus einer Handlung ist, der auf einen anderen Rhythmus hinweist, vermittelt dessen er sich erst zum Begriffe der Handlung erfüllt. Im Criminalrecht kommt die Thätigkeit des Subjects nur so weit in Betracht, als sie Handlung ist, also so weit sich das Willens- und das Thatmoment dieses Subjects decken, — ein Rhythmus, der erst durch den hinzutretenden Rhythmus eines anderen Subjects Handlung wird, liegt also hier ausser dem Bereiche unserer Betrachtung. Der leicht denkbare Fall, dass A., welcher B. zu einem Verbrechen angestiftet hat, lange vor der Verübung desselben gestorben ist (weil etwa B. keine günstige Gelegenheit für sein Vorhaben fand), bei Lebzeiten einen Rhythmus (der nicht ins Criminalrecht gehört) und viele Jahre nach seinem Tode eine Handlung (die Verbrechen ist) begangen haben sollte, — macht diese Ansicht komisch. Man glaubt mir vielleicht mit einem anderen Beispiel erfolgreich entgegen zu treten, wenn man etwa den Fall setzt: A. giebt dem B. Gift, der aber, weil es nur langsam wirkt, erst nach dem Tode des A. stirbt u. s. w., aber man übersieht hier den nach BERNER'S Ansicht so wesentlichen Unterschied in der Thätigkeit des ersten und des zweiten A. Jener handelt gar nicht; dieser hat gehandelt, und wenn gleich seine Handlung im vorliegenden Fall erst nach dem Tode definitiv beurtheilt werden kann (als Versuch oder vollendetes Verbrechen), so ist er gleich, als er die Handlung

beging, Verbrecher. Dieses Beispiel, so wie alle anderen, die auf den ersten Anblick für die Widerlegung meiner Ansicht passend erscheinen dürften, erweisen sich bei näherer Betrachtung als nichtig, indem sie mit dem oben von mir gegen BERNER'S Ansicht Angeführten nichts gemein haben. — Eine absichtliche Thätigkeit, die zur Zeit ihrer Ausübung gegen das Criminalrecht indifferent ist, kann niemals, wenn sie nicht etwa von Seiten ihres Subjects erfolgreicher fortgesetzt wird, ein Verbrechen werden; indem BERNER dies übersieht, erhält seine Behandlung des in Frage stehenden Gegenstandes eine schiefe Richtung. Um so auffallender ist es, dass BERNER hier nicht von einer Handlung des intellectuellen Urhebers redet, da er doch in seiner Lehre von der intellectuellen Urheberschaft (S. 269—291. a. a. O.) die Thätigkeit desselben nach den Momenten der Handlung: Wille, That und Vermittelung beider zu betrachten genöthigt war. Er nimmt an, und darin stimme ich vollkommen mit ihm überein, dass die Absicht des intellectuellen Urhebers lediglich die ist, zur Urheberschaft anzustiften (nicht aber das bezweckte Verbrechen selbst zu begehen); wenn er, BERNER, aber dennoch die durch jene Thätigkeit erreichte Absicht nicht Handlung nennt, so geht er von einer falschen Vorstellung aus, nämlich dass die Thätigkeit des physischen Urhebers, indem ihr ein potenziirter Wille zu Grunde liege, als die Fortsetzung der Thätigkeit des intellectuellen Urhebers angesehen werden müsse und dass also die Thätigkeit des letzteren erst durch die des ersteren zur Handlung werde. Hier betrachtet er den physischen Urheber gleichsam als Naturcausalismus, in den der intellectuelle Urheber seinen Willen entlässt, welcher nunmehr nach besonderen Gesetzen zur äussern Verwirklichung

fortschreitet, unabhängig von seinem Subjecte zwar, aber stets ihm angehörig in allen Erscheinungsformen; denn es komme hier das Recht der Objectivität oder desjenigen Gebietes in Betracht, dessen selbstständigem Walten das handelnde Subject sich preisgegeben; daher sei seine Handlung mit der eigenen Thätigkeit nicht abgeschlossen, sondern gehe durch alle Stadien des Verwirklichungsprocesses mittelst des Naturcausalismus hindurch. Aehnlich spricht sich KÖSTLIN*) über diesen Gegenstand aus. Aber diese Ansichten sind grundlos. Die Verübung des Verbrechens ist zwar als Zweck des intellectuellen Urhebers anzusehen, allein diese rein subjective Willensrichtung des Zweckes ist indifferent gegen das Criminalrecht: *cogitationis poenam nemo patitur*; von dieser *cogitatio* schreitet er fort zur Handlung und betritt somit das Gebiet des Criminalrechts. Wie ist aber diese Handlung beschaffen? Sie steht in dem engsten Zusammenhange mit dem Zwecke, so dass die rechtliche Qualität ihres Inhaltes gar nicht ohne Relation auf den Zweck beurtheilt werden kann, und dennoch dient sie dem Zwecke nur mittelbar, durch sie soll nur ein Anderer zur Realisation des Zweckes angestiftet werden; der intellectuelle Urheber will nicht das von ihm erwünschte oder bezweckte Verbrechen begehen, vielleicht weil er es nicht wagt, oder es ihm physisch unmöglich ist; genug, seine Absicht, wie sie die Objectivität betritt, fällt nicht mit seinem Zwecke zusammen; dieser bleibt rein subjectiv, indem er nicht durch sein Subject in That übergeht. Aber die Thätigkeit des intellectuellen Urhebers soll der Art sein, dass die

ihr zu Grunde liegende Absicht über sie hinausgeht und in der Thätigkeit des physischen Urhebers wahrhaft realisirt wird. Betrachten wir demnächst die Handlung des letzteren: die Handlung des intellectuellen Urhebers hat für ihn nur die Eigenschaft einer Sollicitation, eines Beweggrundes; durch freien Entschluss lässt er diesen als solchen gelten und bestimmt sich aus sich selbst zur Begehung des Verbrechens; seine That objectivirt nur seine eigene Willensbestimmung, nicht auch die des Anstifters, denn diese ist nicht mehr vorhanden, sondern von dem physischen Urheber assimilirt worden; des letztern eigener Wille hatte sie schon verzehrt, als seine Thätigkeit begann; es ist daher falsch zu sagen, seine Handlung sei zugleich die des intellectuellen Urhebers, denn da müsste ihr der Wille des letztern, als solcher, mit als ihre Substanz zu Grunde liegen. Dem ist nicht so und die Handlung gehört ausschliesslich dem physischen Urheber an. — In welche widersinnige Consequenzen würden wir bei der Annahme des Gegentheils gerathen; denn wenn wir die Anstiftung, in Bezug auf den Angestifteten, richtig auffassen: als blosser Sollicitation des Willens eines Anderen und dennoch die Handlung des letztern zugleich für die des erstern erklären, so müssten alle diejenigen, von denen irgend welcher Art Sollicitationen eines fremden Willens ausgingen, zugleich Subjecte der Handlungen sein, die diesen Willen objectiviren sollen, wenn sie auch gar nicht strafbar dafür wären. Wir sind also jetzt zu dem Resultate gelangt, dass die Handlung des intellectuellen Urhebers der Absicht sowohl, als der That nach eine andere sei als die des physischen Urhebers, dass sie dort beendet worden, wo die letztere anfängt (indem ihre Substanz vom Willen des physischen Urhebers verzehrt wird)

*) Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts. S. 553 ff.

und es fragt sich nun, ob und wie weit sie selbstständig ist? Diese Frage können wir nach allgemeinen Regeln entscheiden; wir haben auch für den Thatbestand der intellectuellen Urheberschaft eine subjective und eine objective Seite: die Absicht anzustiften und die Objectivirung derselben, wirkliche Anstiftung. Für die Beurtheilung der letztern Seite ist natürlich die Handlung des physischen Urhebers von Wichtigkeit, da die zufällige Individualität des letztern und die Beschaffenheit des zwischen ihm und dem Anstifter bestehenden Verhältnisses auf die Strafbarkeit dieses zurückwirkt; eben so wie die Beschaffenheit der Mittel meist für das Maass der Strafbarkeit von Bedeutung ist. Somit findet also eine Relation der Handlungen auf einander statt und wenn auch die Thätigkeit des intellectuellen Urhebers mit der erfolgten Anstiftung beendet ist, so giebt uns doch erst die Thätigkeit des physischen Urhebers über die wahre Beschaffenheit der Anstiftung Aufschluss: sie zeigt, ob der Anstifter den rechten Mann gewählt, ob er die gegebenen Umstände gehörig berücksichtigt hat, oder ob er unglücklich in der Wahl seiner Mittel gewesen ist; alles dies übt hier, wie auf anderen Gebieten des Strafrechts bedeutenden Einfluss aus, und je nachdem die Handlung des physischen Urhebers mehr oder minder erfolgreich war (Vollendung — Versuch), wird die Strafe des intellectuellen Urhebers bedeutender oder geringer sein. Wenn wir dies gehörig berücksichtigen, so werden wir auch BERNER's Einrede begegnen, dass der intellectuelle Urheber unter Umständen für ein vollendetes, der physische Urheber dagegen für ein versuchtes Verbrechen bestraft werden könnte und darin durchaus keine Ungerechtigkeit sehn; denn obgleich das Verbrechen des Anstifters hier ein vollendetes ist, so ist es

dies doch nur mit untauglichen Mitteln und seine Strafbarkeit ist eine geringere, als wenn der physische Urheber sein Verbrechen vollendet hätte.

Zugleich entgehen wir durch diese Auffassung einer BERNER'schen Consequenz, gegen die sich das Rechtsgefühl sträubt: dass es keinen Versuch der intellectuellen Urheberschaft gebe, wenn die Absicht, den Andern zum Verbrechen anzustiften, nicht erreicht worden. Setzen wir den Fall: A., ein thatkräftiges Individuum, befinde sich mit seiner grossen Familie in so dürftigen Umständen, dass er trotz aller Anstrengungen nicht im Stande ist, ihre dringendsten Bedürfnisse zu befriedigen. Sein reicher Nachbar B. bietet ihm für die Ermordung des C. eine ansehnliche Geldsumme, mit Hülfe deren A. sich und die Seinigen für immer aus der drückenden Lage befreien könnte. Sein Pflichtgefühl aber und seine Achtung vor dem Recht ist so gross, dass er nach kurzem Kampfe mit sich die Versuchung zurückweist; B. erneuert seine Anträge, verspricht, ihn den Nachforschungen der strafenden Gerechtigkeit zu entziehen, wenn er die That verübt, erhöht den versprochenen Lohn u. s. w., so dass A. endlich in dem schweren Kampfe mit der Pflicht unterliegt und seine Zusage ertheilt. Nachdem sich aber B. entfernt hat, gewinnt er sogleich wieder die Oberherrschaft über die Affectionen und vermag sich in seinen Grundsätzen zu behaupten. B. giebt ihn aber nicht auf, sondern kehrt mit erneuerten Anträgen zu ihm zurück, und A., welcher eine nochmalige Niederlage allendlich befürchtet, wendet sich, um für immer der rohenden Gefahr zu entgehen, an die Gerichte. Hier meint nun BERNER, dass B. ganz straflos zu lassen, oder doch nur seine Handlung als gefährliche, welche das objective Recht noch

nicht verletzt hat, mit einer polizeilichen Strafe zu ahnden sei; denn er habe noch gar nicht gehandelt, er habe seine Absicht noch gar nicht objectivirt. Anders stellt sich dieser Fall nach meiner Deduction dar: B. hat die höchste Intensität seines verbrecherischen Willens manifestirt, ist also aus der *nuda cogitatio* herausgetreten, und wenn er seine Absicht, die auf die Bestimmung des A. zum Verbrechen und damit indirect (als Zweck) auf das Verbrechen selbst gerichtet war, nicht vollkommen erreicht hat, so ist er doch des Versuches der Anstiftung schuldig und seine Strafe ist deswegen nur die des Versuches, also die mildere, weil er es in der Wahl seiner Mittel versen hat, weil seine Absicht an der Charakterfestigkeit des A. scheiterte.

Es würde mich zu sehr von meinem Thema abführen, wollte ich die Lehre von der intellectuellen Urheberschaft noch weiter im Detail verfolgen, um die Haltbarkeit meines Principis in allen seinen Consequenzen nachzuweisen; ich sehe mich daher genöthigt, zu meinem Rechtsfalle zurückzukehren, um auf ihn die neugewonnenen Ergebnisse meiner Untersuchung anzuwenden. Aus demselben Grunde kann ich mich auch nicht auf die Betrachtung der anderweitigen Literatur dieses Gegenstandes einlassen, ja nicht einmal den Ansichten zweier unserer grössten Criminalisten MITTERMAIER*) und LUDEN, die in ihren Endresultaten rücksichtlich der geringern Strafbarkeit des intellectuellen als des physischen Urhebers, mit mir übereinstimmen (obgleich unsere Deductionen bedeutend von einander abweichen), die gehörige Berücksichtigung zuwenden.

*) N. Archiv des Criminalrechts, Bd. III. S. 143 ff.

Intellectueller Urheber wird nach dem Obigen derjenige sein, der eine andere Person zur unmittelbaren Begehung eines von ihm erwünschten Verbrechens dolose bestimmt. Es liegen also in diesem Begriffe folgende Momente: 1) der Wunsch, dass ein bestimmtes Verbrechen begangen werde. Ich will hier durch „Wunsch“ die reine Subjectivität der innerlichen praktischen Bestimmung bezeichnen, die noch nicht Absicht geworden, d. h. noch nicht durch die That objectivirt ist, sondern sich nur indirect manifestirt durch 2) den Anstifterdolus, oder die Absicht, einen Andern zur Begehung des Verbrechens zu bewegen; 3) liegt darin, dass unter den gegebenen Umständen geeignete Determinationshandlungen vorgenommen seien. Indem ich nun diese Begriffe auf unsern Rechtsfall anwende, wird es mir gestattet sein, zuerst die vermeintlichen Determinationshandlungen des Mango zu prüfen, weil ich bei dieser Gelegenheit noch Einiges zu referiren habe, das für die Beurtheilung seines später zu betrachtenden etwaigen Anstifterdolus, so wie seines, auf die Verübung des Verbrechens gerichteten Wunsches nothwendig ist. Demnach werden wir zu untersuchen haben, ob

I. geeignete Determinationshandlungen,

II. ein auf die Verübung des Verbrechens gerichteter Wunsch und

III. ein Anstifterdolus — in unserem Rechtsfalle vorliegen.

Ad I. ist zu prüfen, was man hier unter „geeigneten“ Determinationshandlungen zu verstehen habe, ob es etwa solche Handlungen des intellectuellen Urhebers sind, die für den physischen Urheber wirklich der Bestimmungsgrund zur Begehung des Verbrechens geworden sind. STUE-

BEL*) stellt sogar den Bestimmungsgrund als *conditio sine qua non* für den Begriff der Anstiftung auf, wenn er sagt: „Man zählt mit Recht den Befehl und den Auftrag des Verbrechen, in wie fern in einem oder dem andern der Bestimmungsgrund dazu für den Thäter beföndlich gewesen ist, zuerst zu denjenigen Handlungen, wegen welcher Jemand als intellectueller Urheber angesehen werden könne.“ Es ist nun von grosser Bedeutung, wie weit der Begriff des Bestimmungsgrundes ausgedehnt werden soll; ob darunter die nächste Veranlassung zur Begehung des Verbrechen, der blos äusserliche Impuls zu verstehen sei, oder vielmehr der innere, tiefere Grund für die verbrecherische Handlung, die Wurzel, aus der dieselbe hervorschoß. Meiner Ansicht nach ist der Begriff des Bestimmungsgrundes, wie eben geschehen, zu beschränken. Es müsste zur Begriffsverwirrung und Ungerechtigkeit föhren, wollte man den Bestimmungsgrund in jener weitesten Bedeutung (als nächste Veranlassung) auffassen und überall, wo er sich ermitteln liesse, mit Consequenz bei der Beurtheilung der intellectuellen Urheberschaft in Anwendung bringen, wenn man bedenkt, wie verschiedener Art diese Veranlassung, dieser äussere Impuls sein kann; — die unschuldigste Aeussderung, ja der blosse Gestus eines Menschen müsste ihn unter Umständen als intellectuellen Urheber bezeichnen und selbst Naturgegenstände**) könnten sich der Anstiftung schul-

*) Ueber den Thatbestand der Verbrechen §. 56.

**) Ein eigener Fall der Art ereignete sich etwa vor 3 Jahren in Lithauen, wo die Sinnlichkeit eines Bauern durch den Anblick zweier den Coitus betreibender Thiere in dem Maasse erregt worden war, dass er ein Mädchen, welches ihm gleich darauf begegnete, nothzüchtigte.

dig machen. Dass auch STUEBEL von dieser Auffassung des Bestimmungsgrundes nicht abweicht, geht aus dem §. 58. a. a. O. hervor. Vergewenwärtigen wir uns nun die Ello als listige, verschlagene Person, die mit dem Gleichmüthe und der Verstocktheit des ruchlosesten, abgehärtetsten Mörders das Opfer ihrer verbrecherischen That behandelt, wie oben mitgetheilt worden, ohne auch nur eine menschliche Regung zu empfinden, ohne das geringste Zeichen der Reue und der Gewissensangst im Laufe einer langen Zeit von sich zu geben, die selbst ein in Verbrechen ergrauter Bösewicht nicht selten verräth. Erwägen wir ferner, dass Ello in diesem Gemüthe einen Jahre langen Hass*) gegen den Herrn Pinto genährt hatte, — so werden wir die Ansicht für oberflächlich halten, dass die von Mango unter den noch näher zu berührenden Umständen gethane Aeussderung der Bestimmungsgrund für das Verbrechen der Ello geworden sei; wir werden vielmehr den Grund in dem Innersten der Ello selbst suchen müssen, in der so viel verbrecherischer Zündstoff angehäuft war, dass der geringe Funke die Explosion desselben bewirkte. Indessen glaube ich, dass es nicht die Aufgabe des Richters sein könne, im einzelnen Falle nachzuweisen, ob der Bestimmungsgrund zur Begehung eines Verbrechen in der Determinationshandlung des intellectuellen Urhebers, oder in der inneren Beschaffenheit des physischen Urhebers thatsächlich gelegen habe, indem er zu dem Ende die innersten Sphären des Seelenlebens, die ihm allein einen Aufschluss darüber geben könnten, bis auf den Grund erforschen müsste, was aber über seinen Gesichtskreis hinaus-

*) Solches ist aus dem Attestate ihres Beichtvaters ersichtlich. s. fol. act. 19.

reichte. Daher kann die Ermittlung des Bestimmungsgrundes keine nothwendige Bedingung für die Beurtheilung der Determinationshandlungen als geeigneter oder zweckdienlicher sein, sondern dieselben müssen für solche erklärt werden, wenn sie objectiv von der Qualität sind, dass sie in dem physischen Urheber eine auf Verübung des Verbrechens gerichtete Willensbestimmung zu erzeugen im Stande waren. Nach diesen vorläufigen Bemerkungen gehen wir nun zu der angeblichen Determinationshandlung des Mango über, um zu untersuchen, ob sie wirklich für eine solche ihrem Begriff nach erklärt werden kann. Mango gesteht in Uebereinstimmung mit seiner Anklägerin Ello: „Er habe (ohne alle Absicht und gleichsam ohne es zu wollen und viel auf das Gerede der Ello zu achten), während er im Stall die Diele ausbesserte, zu ihr gesagt: was hilft das Schlagen, macht ihm lieber das Garaus.“ Die näheren Umstände giebt er aber nicht an, weil er gar nicht über sie befragt worden ist. Da diese jedoch in der zusammenhängenden Erzählung seines Weibes, für deren Wahrhaftigkeit nicht geringe Gründe sprechen, enthalten sind, so will ich diese Erzählung mit sorgfältiger Berücksichtigung der Differenzpunkte in den Angaben der Ello, bei unserer Untersuchung zu Grunde legen. May erzählt: „Kurz bevor Mango jene Worte gesprochen, die sie selbst nicht gehört hatte, sei sie nach dem Stall gegangen, wo die ganze Hofsdienerschaft versammelt gewesen; da habe denn die Ello den Anwesenden ihre Noth geklagt wegen der Nachstellungen des Herrn P. und sie befragt, was sie thun solle? Viele der Anwesenden hätten nun geschäkert und ihr verschiedenartige, launige Rathschläge gegeben u. s. w.“ Ello weicht in ihrer Angabe darin ab, dass sie behauptet: „Mango habe ihr, als

sie ihm im Stalle ihre Noth geklagt, in Gegenwart seines Weibes den Rath gegeben. — In weniger Entfernung wären zwar einige russische Arbeiter zugegen gewesen, die aber der ehstnischen Sprache unkundig nichts davon hätten verstehen können.“ Obgleich es nun dem Richter sehr leicht geworden wäre diesen höchst wichtigen Widerspruch aufzulösen, indem er ja nur die bezeichneten Hofleute über ihre derzeitige Anwesenheit im Stalle und über die Wahrheit der von May gemachten Aussagen zu befragen brauchte, so unterblieb dies dennoch und ich muss hier wiederum eine bedeutende Lücke in den Acten beklagen, die aber natürlich dem Mango nicht zum Nachtheil gereichen darf, da ja in zweifelhaften Fällen (und das ist dieser Fall durch die Mangelhaftigkeit der Untersuchung geworden) die dem Beklagten günstigere Ansicht gelten soll. Es steht also fest, dass Mango in Gegenwart und unter scherzhaften Neckereien aller Hofleute zu Ello gesagt habe: „Was nützt es euch, wenn ihr ihn mit Ruthen züchtigt, macht ihm lieber das Garaus.“ — Kann hierin wohl vernünftiger Weise unter den gegebenen Umständen eine Determinationshandlung gesehen werden? Gewiss nicht! oder man müsste diese Bezeichnung in einer anderen Bedeutung gebrauchen als für die ich mich oben und wie ich glaube mit Grund entschieden habe. Was nun

ad II. den auf die Verübung des Verbrechens gerichteten Wunsch des intellectuellen Urhebers anbelangt, der auf anderen Gebieten des Criminalrechts nur eine secundäre Bedeutung hat, so bildet er hier gerade das specifische Verbrechensmerkmal der intellectuellen Urheberschaft, denn das Verbrechen ist die Objectivirung dieses Wunsches (von Willen können wir hier nicht reden, da er im Strafrecht nur dort existent erscheint,

wo er als Substanz einer Handlung zu Grunde gelegen, wo er unmittelbar von seinem Subject in die Objectivität eingeführt worden ist) und wenn gleich erst der physische Urheber diesen Wunsch wirklich zu seinem Willen machte, so hatte er doch schon durch die Handlung des intellectuellen Urhebers eine gewisse Verkörperung erhalten; ich sage eine gewisse Verkörperung, weil er indirect durch sie (die Handlung des intellectuellen Urhebers) manifestirt und in Folge dessen, sich in den Willen des physischen Urhebers verwandelnd, durch dessen Handlung objectivirt worden ist, er also beide Handlungen in eine Beziehung setzt, die sonst in gar keinem Zusammenhange mit einander stehen. Subjectiv, durch den Wunsch, geht also die Thätigkeit des intellectuellen Urhebers über seine eigene Handlung hinaus und in die des physischen Urhebers hinüber. Es ist die Aufgabe des Richters diesen Wunsch zur juristischen Gewissheit zu erheben, was aber, da er nur indirect aus der Handlung des intellectuellen Urhebers eruirt, nur mittelst des Indicienbeweises geschehen kann. Das wichtigste Indicium ist hier die der Handlung des intellectuellen Urhebers zu Grunde liegende Absicht, oder sein Anstifterdolus, der *ad III.* betrachtet werden soll; aber es kann auch andere, wenn gleich noch ungewissere Indicien (vorhergehende) für diesen Wunsch geben; dahin gehören die Interessen, die sich zu ihm als die erzeugende Potenz verhalten. — Wir kennen den Mango als einen religiösen, ordentlichen, demüthigen Menschen, dessen Lebenswandel durchaus untadelhaft gewesen ist, und erstaunen um so mehr über das Verbrechen, dessen er angeschuldigt worden, wenn wir uns vergebens bemühen, in ihm ein Interesse für dasselbe zu entdecken. Eifersucht auf seinen Herrn kann man nicht annehmen, denn es wird nicht einmal der

Verdacht rege, dass Mango, der in einer glücklichen Ehe mit seinem Weibe lebte, mit einer seiner Coinquisitinnen in verbotenem vertrauten Verhältnisse gestanden und daher ein Interesse für die Unterbrechung der Nachstellungen auf sie von Seiten des Herrn P. gehabt habe. Eben so wenig kann ein Verdacht der Rachsucht des Mango gegen seinen Herrn erhoben werden, da er stets im besten Vernehmen mit ihm gestanden hatte. Es könnte vielleicht noch angenommen werden, dass es dem Mango aus reiner Bosheit gegen seine Coinquisitinnen an deren Untergange gelegen gewesen, allein durch dergleichen Annahmen würde man sich nur in dem grossen Bereiche der abstracten Möglichkeit verlieren. Mango erklärt zwar, als er nach der oben besprochenen Confrontation über die Motive zu seinem Verbrechen befragt wurde: „der Herr Pinto sei allen Hofleuten verächtlich geworden, weil er immer den Weibern nachgelaufen und die dadurch bewirkte längere Abwesenheit vom Hause auf die Weise bei der Frau zu entschuldigen gesucht, dass er sie auf die Nachlässigkeit der Leute geschoben, was ihnen denn manchen Verdruss zugezogen habe.“ Dieser von Mango angeführte Grund beweist nun, dass er gar keinen Grund gehabt habe, denn wer sollte nicht sogleich erkennen, dass er, nachdem er sich für verloren halten musste, seine vermeintliche Schuld durch Motivirung des ihm aufgebürdeten Verbrechens zu verringern bemüht gewesen sei und in Ermangelung jeglichen Grundes den verächtlichen Charakter des Herrn Pinto hervorhebt. Ferner betheuert May, dass er nie von einem Interesse an dem Morde *qu.* gesprochen habe, ja selbst die Coinquisitinnen Ello und Liis können trotz ihrer Fertigkeit im Lügen keinen haltbaren Grund für ein solches Interesse auffinden und müssen

gestehen, dass sie darüber keinen Aufschluss zu geben im Stande sind. Dies sei alles, was ich zur Unterstützung meiner Ansicht, dass Mango keinen auf die Ermordung des Herrn Pinto gerichteten Wunsch gehabt haben könne, hervorbebe. Es versteht sich nun fast ganz von selbst, dass

ad III. kein Anstifterdolus von Seiten des Mango vorliege, wenn man berücksichtigt,

- 1) dass sich durchaus nicht in ihm ein, auf die Verübung des Verbrechens gerichteter Wunsch entdecken lässt, der doch nothwendig in diesem Anstifterdolus indirect enthalten wäre;
- 2) dass schon die von ihm gebrauchten Mittel*) der Annahme des Anstifterdolus entgegen stehen;
- 3) dass seine Umgebung zu der Zeit einen unwiderleglichen Beweis für die Unwahrscheinlichkeit dieses Dolus giebt;
- 4) dass dergleichen Redensarten, wie Mango sie gebraucht hat, „macht ihm das Garaus“, in dieser Volksklasse so ganz gewöhnlich sind, ohne auch nur im Entferntesten eine böswillige oder verbrecherische Absicht zu beurkunden, selbst wenn sie nicht im Scherze ausgesprochen worden sind, z. B. „Häng' dich auf,“, „Möcht' ihn der Teufel holen,“ Man muss den todtschlagen“ u. s. w. — Das Ergebniss unserer Betrachtung ist nun, dass die Handlung des Mango nicht unter den von uns entwickelten Begriff der intellectuellen Urheberchaft gezogen werden kann

*) vergl. BERNER S. 286: „Eine intellectuelle Urheberchaft durch Rath giebt es nicht.“ Diesen Satz können wir ganz unbedingt aussprechen, sobald wir den Begriff des Rathes festhalten. Auch unser Criminalcodex v. J. 1845, welcher *act.* 15. die verschiedenen Anstiftungsformen aufzählt, erwähnt des Rathes nicht.

und unsere Aufgabe wäre gelöst, wenn wir den mitgetheilten Rechtsfall nur als Beispiel zur Veranschaulichung des in Frage stehenden Rechtsbegriffes betrachtet hätten. Da wir ihm aber, wie bereits in den Vorbemerkungen zu dieser Abhandlung angedeutet worden, eine selbstständigere Stellung angewiesen haben, so müssen wir unsere Erörterungen noch ein wenig fortsetzen, um ein positives Urtheil über die auf dem Mango annoch haftende Schuld zu fällen. Was die Strafbarkeit der übrigen Inquisiten anbelangt, so werden wir sie, da der Vorwurf unserer Abhandlung die Entwicklung des Begriffes der intellectuellen Urheberchaft war, mit Hinweis auf unsere Vorbemerkungen nicht weiter berücksichtigen.

Es steht fest, dass Mango's Theilnahme an dem Verbrechen *qu.* vor dessen Verübung durchaus nicht bewiesen werden kann; es bleibt aber noch der von ihm nach geschehener Mordthat den Coinquisitinnen ertheilte Rath, den Leichnam ins Wasser zu werfen, übrig und macht ihn allerdings der Begünstigung*) eines fremden Verbrechens schuldig. Hören wir die Aussage seiner Hauptanklägerin Ello: „Als sie, Ello und Liis, dem Mango die Ermordung erzählt und ihm gesagt: hast du gestern der Rathgeber sein wollen, so halte denn auch heute Rath, da dein Anschlag erfüllt worden, — habe

*) BERNER S. 6: „Richtig gefasst bildet die Begünstigung ein selbstständiges (d. h. nicht unter den Begriff der Theilnahme zu subsumirendes) Verbrechen und zwar gegen die Straf-Rechtspflege. Die Begünstigung kann nemlich nur nach dem begangenen Verbrechen stattfinden; aber nach der begangenen Handlung kann man sich an der Begehung, um die allein es sich hier handelt, doch unmöglich betheiligen. Wer dies bestreiten wollte, müsste zu der Annahme des widersinnigen *Dolus subsequens* seine Zuflucht nehmen.“ —

er eine kleine Weile geschwiegen; zuletzt aber, als sie in ihn gedrungen, erwidert: ich habe nichts damit zu schaffen und kann auch nicht kommen, da ich an Händen und Füßen zittere, — worauf denn beide ihm entgegnen: wie kannst du nun zittern und erschrecken, da du doch von allem gewusst und uns den Rath und Befehl dazu ertheilt hast? Da habe er sie mit dem Rathe entlassen, den Leichnam in den See zu werfen.“

Der Criminalcodex v. J. 1845 gibt uns selbst darüber Aufschluss, unter welchen Gesichtspunkt der Strafbarkeit die Handlung des Mango zu ziehen sei, indem Art. 1045. also lautet: Wer einen Leichnam vor stattgehabter gerichtlich medicinischer Besichtigung in den Fällen, wo es gesetzlich verboten ist, bestattet, unterliegt entweder einer Geldstrafe von 50 — 300 Rbl. oder einem Arrest von 3 Wochen bis 3 Monaten. Aber wenn es erwiesen ist, dass er es in der Absicht gethan hat, um die Spuren eines Mordes zu vertilgen, so wird er in diesem Falle nach Umständen als Gehülfe („пособник“) bei dem verübten Morde, oder als Hehler („укрыватель“) desselben bestraft, nach den im Art. 127. oder 130. dieses Criminalcodex angegebenen Regeln. — Ob der Leichnam, wie es in dieser Gesetzstelle heisst, vergraben, oder wie es in unserem Rechtsfalle geschehen, ins Wasser geworfen worden, ist für unsere Beurtheilung irrelevant, indem es hier nur auf die Absicht ankommt; ferner, ob Mango ihn selbst in den See geworfen oder seine Coinquisitinnen dazu bestimmt hat, ist nach Art. 126.*) dieses Codex rücksichtlich der Beurtheilung

*) Hier wird nemlich die Strafbarkeit des physischen und intellectuellen Urhebers gleichgestellt.

seiner Strafbarkeit gleichgültig. Daher erscheint Mango nach Art. 1045. als Gehülfe oder Hehler des Verbrechens; da aber, wie aus Art. 15. ersichtlich ist, zum Begriffe des Gehülfen vorhergegangene, gegenseitige Abmachung und Verabredung (die hier nicht stattgefunden) gehört, so kann er nur Hehler sein, worunter der Art. 16. denjenigen versteht, der ohne alle Betheiligung an der Verübung des Verbrechens selbst, nur nachdem es vollendet worden, an der Verbergung oder Vertilgung seiner Spuren wissentlich Antheil genommen hat. Diese Begriffsbestimmung scheint auch gerade für unseren Fall zu passen. Das von Ello und Liis verübte Verbrechen, ist ein qualificirtes: Ermordung des eigenen Herrn und daher unter den Art. 1922. zu subsumiren, der folgende Strafbestimmung enthält: Entziehung sämtlicher Standesrechte und Verschickung zur lebenslänglichen Zwangsarbeit in den Bergwerken, nach vorangegangener Stempelung und Bestrafung mit 100 Pletthieben*) durch die Hand des Henkers. Nach Art. 130. ist die Strafbarkeit des Hehlers um zwei Grade geringer (als die der Hauptschuldigen) und Mango wäre nun nach Anleitung des Art. 21. zur Zwangsarbeit in den Bergwerken auf 12 — 15 Jahre und mit 70 — 80 Pletthieben nebst Stempelung zu bestrafen.

Wir haben nun noch die Umstände hervorzuheben, die sich als Milderungsgründe dieser Strafe herausstellen. Als die beiden verbrecherischen Weiber zu dem bereits schla-

*) Indem diese beiden Inquisitinnen nicht von der Körperstrafe eximirt sind. Von der Stempelung sind sie als Frauenzimmer befreit nach Art. 28. des Strafgesetzbuches, die Plettstrafe wird in Livland in Ruthenstrafe umgeändert.

fenden Mango mit den Worten ins Zimmer traten: „Wir haben deinen Rath befolgt und den Herrn Pinto getödtet, wir warten deines ferneren Rathes“ — was musste da in seiner Seele vorgehen? Er konnte nicht leugnen, jene Worte, die von seinen Coinquisitinnen Rath genannt worden, ausgesprochen zu haben, und obgleich im Bewusstsein seiner Unschuld, wusste er dennoch wie gefährliche Waffen diese Worte in ihren Händen werden konnten; die ganze Grösse der ihn bedrohenden Gefahr lag vor ihm und verdunkelte sein Bewusstsein. Aus einem sanften Schläfe sah er sich plötzlich an den äussersten Rand des Verderbens gerissen und in diesem fürchterlichen Gemüthszustande sollte er, der überdies noch ungebildete, von Leidenschaften beherrschte Mensch, einen Entschluss fassen. „Ich kann nicht kommen, da ich an Händen und Füssen zittere“ waren seine Worte nach einigem Stillschweigen. Allein man drang in ihn, man verlangte ungestüm seinen Rath und in verzweiflungsvoller Bedrängniss ertheilte er ihn. Ich könnte nun leicht nach Anleitung des Strafgesetzbuches Strafmilderungsgründe für Mango aufweisen; allein ich thue es nicht, denn so weit auch der Richter seine Strafe zu mildern befugt ist, erscheint sie doch immer nach unserem Rechtsgefühl und ich bin überzeugt davon, auch den Principien unseres positiven Rechts zu hart. Mango kann meiner Ansicht nach mit der oben ermittelten Strafe des Hehlers, so weit sie auch gemildert werden darf, nicht belegt werden. Den Hehler trifft eine verhältnissmässig so harte Strafe, weil er das Verbrechen selbst begünstigte, unterstützte, weil er durch seine Handlung beurkundete, in wie hohem Grade er selbst einer verbrecherischen Willensbestimmung fähig ist. Nicht so Mango; obgleich sich keiner Schuld bewusst, hielt er sich

(wenn auch irrthümlich) für verloren; einen Willen hatte er, wenn wir seinen derzeitigen psychologischen Zustand berücksichtigen, nicht mehr, — instinctmässig, durch den Trieb der Selbsterhaltung fortgerissen, schlug er den vermeintlich einzigen Weg der Rettung ein und suchte die Spuren des Verbrechens zu vertilgen. Was hat wohl dieser Mango rücksichtlich des Dolus mit jenem Hehler gemein? und der Dolus ist hier doch maassgebend. — Obgleich das Gesetz selbst alles Raisonniren und Interpretiren dem Richter verbietet, so macht es ihm doch eine gründliche Prüfung der Sache zur Pflicht, in der Weise*), dass wenn er den concreten Fall wegen ganz besonderer Constellation den bestehenden Rechtsbestimmungen nicht anzupassen vermag, er denselben der Beprüfung Eines Dirigirenden Senats vorzulegen habe, der ihn dann unter Umständen der Allerhöchsten Entscheidung anheimstellt. Dies Verfahren wäre meines Erachtens hier einzuschlagen, wobei aber noch mit Rücksicht auf den Art. 157. pct. 4. besonders hervorzuheben wäre, dass Mango 5 Monate hindurch als schwerer Verbrecher im Gefängnisse geschmachtet und den Gesetzen zuwider während der Untersuchung eine schwere Körperstrafe erlitten hat. —

*) cf. Art. 155, 158 und 159 a. a. O.

II. Versuch über den Begriff der Injurie oder das That- und Willensmoment bei der Injurie

von

Otto von Brunnow aus Curland.

Die Grundlage meiner Abhandlung bildet der Begriff der Handlung. Handlung nun ist Einheit von Wille und That*). Der Begriff dieser beiden Momente ergibt uns die Handlung. Daher zerfällt die Abhandlung in zwei Theile:

A. Die äussere Seite bei der Injurie — das Moment der That.

B. Die innere Seite bei der Injurie — das Moment des Willens.

A. Die äussere Seite bei der Injurie — das Moment der That.

Ehrenkränkung ist eins der schwersten Verbrechen, denn es zeigt der Zweikampf, dass dem Menschen die Ehre ein höheres Gut ist, als das Leben. Doch die Gesetzgebungen achten nicht immer auf dieses Gefühl, indem sie einestheils nicht alles das, was die Bewohner eines Staats für Ehre halten,

*) **BERNER** entwickelt vortrefflich den Begriff der Handlung in seiner Schrift: „Grundlinien der juristischen Imputationslehre“ S. 39 — 52.

in Schutz nehmen*) und anderentheils der vom Gesetze anerkannten Ehre einen weder kräftigen noch genügenden Schutz verleihen**); denn es stehen die Strafen für Ehrverletzungen nicht im Verhältniss zu der Schwere dieses Verbrechens. Der Grund dieser Mangelhaftigkeit und Unvollständigkeit der Gesetze über Injurien liegt darin, dass der Schutz der Ehre allein nicht die Gesetze über Injurien schrieb, — Hauptziel der Gesetzgebungen war die Vernichtung des Zweikampfs***). Es soll und muss die Ehrverletzung der Gesetzgebung deshalb besonders wichtig sein, weil sie besonders wichtig ist, nicht aber ihrer Folgen wegen, die gewiss dann aufhören werden, sobald der Staat die Ehrverletzung zu negiren im Stande ist, denn der Zweikampf bezweckt nur die Negation der Beleidigung, der Kränkung.

Was nun unter Ehrverletzung (Injurie) zu begreifen ist, wird sich von selbst ergeben, sobald uns erst die Ehre bekannt ist. Die Ehre zu begreifen kann nie gelingen; wohl kann man die Handlung, der man das Prädikat „ehrenhaft“ beilegt, begreifen, und somit im concreten Falle auch die Ehre. Die Ehre in der Abstraction ist nicht äusserlich — das Wort

*) **HAEBERLIN**, Grundsätze des Criminalrechts. Bd. 3. §. 141. „es soll nur diejenige Ehre oder Gattung der Ehre angedeutet werden, welche durch die Strafgesetze in besonderen Schutz genommen ist.“

**) Die Gesetzbücher für Oesterreich und Baiern haben sogar die Ehrverletzungen, mit Ausnahme der Verläumdung, dem Strafrechte entzogen und sie der Polizei überwiesen.

) **MITTERMAIER, Beiträge zur Lehre von den Ehrenkränkungen, im Neuen Archiv des Criminalrechts, Bd. 13. S. 505—507, hält auch irriger Weise die Lehre von den Injurien deshalb für besonders wichtig, weil Injurien zum Zweikampf veranlassen. Recht hat er aber, dass er die Injurien-Lehre für die Gesetzgebungen als besonders wichtig hinstellt.

„begreifen“ deutet aber schon auf die Aeusserlichkeit des zu begreifenden Gegenstandes. Dies wird noch ferner durch die Sprache bestätigt, die wohl ein Ehrgefühl kennt, nicht aber einen Ehrbegriff. Dem Gefühlsvermögen gehört somit die Ehre an, das Gefühl allein giebt uns Kunde von derselben. Richtig haben daher die neueren Strafgesetzbücher Deutschlands keinen Begriff der Ehre angegeben, denn wollte eine Gesetzgebung einen falschen Begriff der Ehre, da ein solcher allein möglich ist, hinstellen, so hätte sie Unrecht, einmal weil sie etwas Falsches aufgenommen, und dann, weil sie damit die Gefühle der Bürger beschränkt, indem diese nur das für Ehre halten dürften und müssten, was sie im Gesetzbuche lesen, nicht aber das, was sich in ihrem Herzen vorfindet. Es lässt sich somit nur das schon bereits Fertige, Entwickelte begreifen*). Ein solches ist aber nicht die Ehre, denn die Geschichte zeigt uns, dass auch die Ehre im Menschen der Entwicklung fähig ist.

Wohl haben mehrere Schriftsteller versucht, einen Begriff der Ehre zu geben**); doch das half nichts. Hat es doch auch Menschen gegeben, die den Babelschen Thurm zu bauen unternahmen, und Verwirrung war die Folge davon. Jene Schriftsteller zerreißen mit ihren Begriffen die Ehre; da sprechen sie von gemeiner und besonderer Ehre, von innerer und äusserer Ehre; liest man solches, klingen einem immer in die Ohren HALLER'S Verse:

*) Durch das Wort „begreifen“ wird die Abgrenzung des Gegenstandes nach allen Seiten hin bezeichnet.

**) HAEBERLIN a. a. O. Band 3. §. 141. — HEFFTER in seinem Aufsatze über Begriffsverschiedenheit der römischen und deutschen Injurie, im Archiv des Criminalrechts von 1839. S. 327.

„Ins Innere der Natur dringt kein erschaffner Geist;
Glückselig, wem sie nur die äussere Schale weist.“

Doch zum Unglück für jene Schriftsteller hat es einen GÖTTE gegeben, der jene Theorie mit Folgendem zu Grunde gerichtet hat:

„Natur ist weder Kern noch Schale,
Sie ist beides mit einem Male,
Du aber prüfe zu allermeist,
Ob du Kern oder Schale seist.“

Da sonach ein Begriff der Ehre nicht gegeben werden kann, und die einzelnen ehrenkränkenden Handlungen erschöpfend aufzuzählen unmöglich ist, so muss jedesmal in einem Staate das als Ehre gelten und in seiner Berechtigung anerkannt werden, was die öffentliche Meinung eines Volkes dafür ansieht, und was in anerkannten besondern Kreisen der Gesellschaft als Ehre gilt*). Das nun aber, was einem Volke als eins der höchsten Güter gilt, das lebt auch lebendig in der Brust des Einzelnen, der sich nicht mit Gewalt von seinem Volke losgerissen hat.

Daher hat richtig und vollkommen genügend das ältere Badische Gesetz über Ehrverletzungen**) den Thatbestand der einfachen Ehrenkränkung so bezeichnet: dass dahin alle Aeusserungen und Handlungen gerechnet werden, durch welche Jemand das Recht eines anderen auf Ehre absichtlich verletzt. Hier ist der Umfang des Rechts auf Ehre nicht bestimmt; die Grenzen dieses Rechts reichen, soweit die öffent-

*) Str. G. B. für Baden. §. 291.

**) Das Gesetz vom 28. December 1831. zu finden in HIRTZIG'S Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege. Bd. 13.

liche Meinung dasselbe anerkennt. MITTERMAIER*) sieht darin einen Mangel, eine Unbestimmtheit, weil sowohl von Gelehrten, wie von Gesetzgebern der Umfang des Rechts auf Ehre so verschieden aufgestellt wird. Dass aber Gelehrte und Gesetzgeber den Umfang des Rechts auf Ehre willkürlich begrenzen, darin gerade fehlen Beide. Die herrschende Sitte, Volks- und Standesmeinung bestimmen und begrenzen allein die Ehre (Badisches Str. G. B. §. 291.). Will der Gesetzgeber aber willkürlich den Umfang des Rechts auf Ehre bestimmen, so bleibt ihm nichts übrig, als die einzelnen Handlungen und Aeussierungen, die ehrenkränkend sein sollen, zu decretiren. Wie lächerlich solch ein Verfahren im Gesetzbuche sich ausnimmt, sehen wir aus der *lex Salica cap. 58.**)*, wo es heisst: „*si qua libera virgo vadit in itinere suo et obviavit eam aliquis, et per raptum denudet caput ejus, cum sex solidis componat.*“ Eben so viel zahlte derjenige, „*qui ejus vestimenta levaverit, ut usque ad genicula denudet.*“ — Mehr zu sehen kostete doppelt: — „*et si eam denudaverit, ut genitalia ejus adpareant vel posteriora, cum duodecim solidis componat****).“

Wer weiss und fühlt nicht die eben beschriebenen Handlungen als Ehrenkränkung, ohne es in der *lex Salica* gelesen zu haben? Wer weiss es nicht, dass jedes Frauenzimmer

*) MITTERMAIER's Beiträge zur Lehre von den Ehrenkränkungen im Neuen Archiv des Criminalrechts. Band 13. S. 537.

**) In WEBER's Schrift über Injurien und Schmähschriften. S. 94.

***) Wer sich an ähnlichen Gesetzen, die nähere Berührung mit dem schönen Geschlechte betreffend, erbauen will, der findet sie zusammengestellt in WILDA's Strafrecht der Germanen. S. 783 u. 784.

das Recht hat, die Unterlassung solcher Handlungen zu verlangen?*)

Doch diese Liebe, ein genaues Verzeichniss der ehrenkränkenden Handlungen und Aeussierungen anzufertigen, findet sich bei den meisten Schriftstellern über Injurien. Vor allen aber excellirt darin L. von JAGEMANN**). Derselbe führt eine Menge ehrenkränkender Aeussierungen auf, und nennt dann sogar Aeussierungen, die nicht ehrenkränkend sein sollen, beides in einer seltsamen Auswahl.

Weil aber ein solches Verfahren sich bei den meisten, selbst in der Wissenschaft ausgezeichneten Schriftstellern findet, so drängt sich einem die Vermuthung auf, es müsse an dieser Art und Weise doch etwas Gutes sein, vielleicht das Gute, dass Leute, die zur Begehung einer Injurie um die rechten Mittel dazu in Verlegenheit sind, lernen, wie sie ihre beleidigende Absicht am deutlichsten und kräftigsten realisiren.

Es ist ein grosser Vorzug der neueren Strafgesetzge-

*) Da ich nicht weiss, ob ich im Folgenden noch einmal auf MITTERMAIER's Ansichten zurückkommen werde, und mir eine Uebergang dieses grossen Gelehrten leicht zum Vorwurf gereichen könnte, so will ich hier noch einen Ausspruch desselben anführen, der gewissermassen damit in Verbindung steht, wovon ich so eben gesprochen habe. In den „Beiträgen zur Lehre von den Ehrenkränkungen“ im N. A. des Criminalrechts, Bd. 13. S. 504. Anmerk. 8., sagt MITTERMAIER: „der Jurist CLARUS habe den Begriff der Injurie zu weit gefasst, indem er den Vorwurf, dass Jemand Hörner trage, auch für eine Injurie erklärt.“ Ich fühle und denke in diesem Falle wie CLARUS. Warum MITTERMAIER in dem angeführten Vorwurf keine Injurie sieht, weiss ich nicht, da er seine Gründe nicht nennt; das aber weiss ich, dass nur der Hahnrei und das Hornvieh mit dem Schmucke der Hörner versehen sind.

**) Das Verbrechen der Ehrenkränkung, in den Beiträgen zur Erläuterung der neuen Strafgesetzgebung in Baden. Bd. I. (Freiburg im Breisgau 1847.)

bungen Deutschlands, dass sie die Aufzählung aller möglichen ehrenkränkenden Handlungen und Aeusserungen unterlassen, und den Richter in dieser Beziehung auf die allgemeine Sitte, Volks- oder Standesmeinung verwiesen haben*), und sicherlich entspricht mit dieser ungenauen Bezeichnung die Gesetzgebung mehr den Bedürfnissen des Volkes, als wenn sie mit der genauen Bestimmung aller nur möglichen Ehrenkränkungen zugleich das Gefühl des Volkes bestimmen wollte, denn unmöglich ist es und wird es immerhin bleiben, die lebendige Entwicklung eines Volkes in Paragraphen zu fixiren. Abgesehen aber auch davon, dass durch solch ein Verfahren ein Hemmniss für die Entwicklung entsteht, gewinnt auch die Gesetzgebung in anderer Beziehung damit gar nichts, vorausgesetzt, dass es ihr Bestreben ist, ein Ausdruck der im Volke herrschenden Ansichten zu sein. Denn diese Ansichten, weil sie im Volke herrschen, kommen nothwendig auch zum Bewusstsein des Einzelnen. Der Richter weiss und kennt sie daher auch ohne das Gesetzbuch. Nur dieser Voraussetzung oder dieser Nothwendigkeit wegen vielmehr ist der Satz: „*ignorantia juris nocet*“ haltbar, denn indem das Gesetz Strafe verfügt gegen Handlungen, die im Volke als Verbrechen gelten, sagt dem Einzelnen schon das Gewissen, worin sein Unrecht besteht, und somit konnte er auch absichtlich ohne das Gesetzbuch zu kennen eine Handlung mit dem Bewusstsein des Unrechts

*) Str. G. B. für Baden: §. 284 — 287. §. 291 — 294. — für Sachsen: Art. 194 — 198. — für Braunschweig: §. 198 — 199. — für Hannover: Art. 261 — 264. In diesem Gesetzbuche ist aber der Begriff der Ehrenkränkung im engern Sinne (Art. 264.) sehr ungenau gegeben, denn es wird hier ein Angriff gegen die bürgerliche Ehre gefordert, ohne aber sich zu erklären, was unter bürgerlicher Ehre verstanden werden soll.

begehen. Wenn sonach dieses Bewusstsein bei Jedem aus dem Volke vorausgesetzt werden muss, wie viel mehr berechtigt ist da der Staat bei seinen bestellten Richtern dasselbe anzunehmen.

Findet sich auch, wie schon bemerkt, grosse Uebereinstimmung der neuen Strafgesetzgebungen Deutschlands über diesen Punkt, indem sie alle von dem Richter verlangen, die Stimme des Volkes darüber zu hören (*vox populi, vox dei*), so sieht man doch auch manche divergirende Ansichten in den einzelnen Strafgesetzbüchern. Am richtigsten und erschöpfendsten hat unstreitig das Straf-Gesetz-Buch für Baden (§. 291.) die Erkenntnisquelle der Injurien in der herrschenden Sitte, Volks- oder Standesmeinung gefunden. Das Str. G. B. für Sachsen (Art. 198.) und für Braunschweig (§. 198.) verlangen bloß die öffentliche oder gemeine Meinung als Maassstab für die Injurie. Eine allgemeine Meinung wird sich aber nicht in jedem concreten Falle bei der Frage, ob eine ehrenkränkende Handlung vorliegt, finden lassen. Es kömmt hier gerade oft sehr viel auf das individuelle Leben in einzelnen Ortschaften, Gesellschaften und Ständen an. Aeusserungen, die sonst und gewöhnlich für keine Ehrenkränkung gelten, werden an manchen Orten für Ehrenkränkung gehalten, weil daselbst mit ihnen ein anderer Begriff, als der gewöhnliche verbunden wird*).

Dieser Umstand möchte wohl von einigem Gewichte sein bei der Frage, ob Injurien-Sachen den gewöhnlichen Gerichten zu überlassen sind; er bestätigt das Verlangen, dass bei Inju-

*) JAGEMANN a. a. O. S. 65 erzählt z. B., dass im Odenwalde die Worte „Gast“ oder „Gästin“ als Schimpf gelten.

rien zu Richtern jedesmal die Personen gewählt werden, die sowohl mit dem Beleidigten als auch mit dem Beleidiger durch Stand, Ort oder andere Umstände näher verbunden sind *). Genauer indess auf diese Frage einzugehen, so grosses Interesse sie auch darbietet, verbietet mein Zweck. Somit hätten wir denn die Erkenntnisquelle für die äussere Seite bei der Injurie, für das Moment der That, gefunden. Damit aber die Injurie Verbrechen sei, ist noch eine Beziehung des Willens zur That erforderlich. Damit gelangen wir in die Freiheit.

Ehe wir aber in die Freiheit und in das Gebiet des Willens gelangen, ist hier noch nöthig in der Kürze einiges über die Eintheilung der Injurien, die sich in den neueren Strafgesetzbüchern Deutschlands vorfindet, zu erwähnen. Uebereinstimmend unterscheiden sich die Injurien nach ihnen als Verläumdung, falsche Denunciation und Ehrenkränkung im engeren Sinne oder Beleidigung **).

Nur die Gesetzbücher für Braunschweig und Hannover zählen die falsche Denunciation nicht zu den Verletzungen der

*) FEUERBACH's Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 287. a. „welche Handlungen zu den Ehrenkränkungen gehören, ist meistens *quaestio facti*, welche auch, zumal bei symbolischen Injurien, nicht aus Begriffen beantwortet werden kann. Eben darum sollten eigentliche Injurien-Sachen ihre besonderen Ehrengerichte haben.“ Sehr richtig!

**) Wie sehr diese Eintheilung im Wesen der Injurie liegt, sehen wir daraus, dass sie auch schon zu anderen Zeiten in anderen Ländern geltend war. Dem römischen Rechte insbesondere war sie bekannt; s. WALTER, über Ehre und Injurien nach römischem Recht, im Neuen Archiv des Criminalrechts, Bd. 4. S. 278. „es giebt zwei unterscheidende Arten der Injurie; die eine, wenn man eine besondere Verachtung gegen den Andern an den Tag legt; die andere, wenn man ihm Handlungen vorwirft, die ihn nothwendig in den Augen der Uebrigen herabsetzen (*infamare aliquem*).“

Ehre, sondern zu den Verbrechen wider öffentliche Treue und Glauben. Allein es ist die Denunciation doch nichts anderes, als ein kräftiges Mittel, die Verläumdung zu verüben. Nur ein Verbrechen kann denunciirt werden. Das Verbrechen aber zerstört die Ehre, den guten Namen. Allerdings giebt es Verbrechen, die von der öffentlichen Meinung nicht als entehrend angesehen werden, wie z. B. der Zweikampf. Es kann demnach die Denunciation dieses Verbrechens Niemandem in der öffentlichen Meinung den guten Namen rauben. Doch das darf der Gesetzgeber nicht annehmen, er muss vielmehr von der Ansicht ausgehen, dass alles das, was er als Verbrechen bezeichnet, auch im Volke als Verbrechen gilt, im entgegengesetzten Falle musste er es aus dem Gesetzbuche ausscheiden. Nahm der Gesetzgeber nun an, es gelte im Volke als Verbrechen, dann musste es ihm auch entehrend erscheinen. Sonach ist die falsche Denunciation wohl richtig ins Gebiet der Ehrverletzungen zu ziehen.

1. Die Verläumdung.

Das Andichten von Handlungen, welche im Staate mit Strafe bedroht sind, oder den Verläumdeten in der öffentlichen Meinung verächtlich zu machen geeignet sind, desgleichen das Andichten von verächtlichen Gesinnungen, ist Verläumdung. (Str. G. B. für Württemberg, Art. 286.) Uebereinstimmend in allen deutschen Gesetzbüchern ist bei der Verläumdung die Ansicht, dass dieselbe in solchem Angriffe auf unsere Ehre besteht, durch die unser guter Name unter unsern Mitbürgern leiden soll und kann. Mehr oder weniger von einander abweichend sind die Bestimmungen über die Mittel, wodurch Verläumdung verübt werden kann, indem mehrere Gesetzbücher,

wie die für Baiern, Oldenburg und Oesterreich allein Verbrechen und Vergehen als Inhalt der Verläumdung bezeichnen, die anderen Gesetzbücher dagegen auch unsittliche Handlungen hieher rechnen *), welche, die Wahrheit derselben vorausgesetzt, im Stande sind, den Beschuldigten in der öffentlichen oder seiner Standesgenossen Meinung herabzusetzen oder verächtlich zu machen **). Diese nähere Bezeichnung der unsittlichen Handlung indessen ist unnütz ***); denn unbedingt muss das Unsittliche verächtlich sein; entweder liegt daher in einer Handlung keine Unsittlichkeit nach der öffentlichen Meinung, und daher folgt ihr auch keine Verachtung, oder die Handlung war unsittlich, und daher die Verachtung. Das Badische Gesetzbuch macht noch einen Unterschied zwischen Handlungen, welche der öffentlichen Verachtung den Bezüchtigten preisgeben (§. 287.), und solchen, die geeignet sind, ihn in der allgemeinen Achtung herabzusetzen (§. 294.); und demgemäss unterscheidet es die Verläumdung von der ehrenkränkenden Aussage, die zur Ehrenkränkung im engeren Sinne gezählt wird. Da indessen der Unterschied zwischen besagten Handlungen nur ein quantitativer ist, so ist die Spaltung in zwei verschiedene Verbrechen unrichtig †), denn in dem einen wie in dem anderen Falle wird immer der Ruf jemandes

*) Str. G. B. für Hannover: Art. 201. — für Braunschweig: §. 199. — für Württemberg: Art. 286.

**) Str. G. B. für Baden: §. 287.

***) Nur im Badischen Gesetzbuche findet sich diese nähere Bezeichnung der unsittlichen Handlung. Die anderen hier angeführten Gesetzbücher sprechen blos von Handlungen, die geeignet sind, den Ruf zu gefährden, in der öffentlichen Meinung herabzusetzen u. s. w., worin schon die Unsittlichkeit der Handlung *implicite* liegt.

†) HAEBERLIN, Grundsätze des Criminalrechts. Bd. 3. S. 327 u. 328.

unter seinen Mitbürgern gefährdet, und darin besteht das Wesen der Verläumdung.

2. Falsche Denunciation.

Wie schon oben bemerkt worden, wird die falsche Denunciation, mit Ausnahme der Gesetzbücher für Braunschweig und Hannover, in den deutschen Staaten zu den Ehrverletzungen gerechnet. Am richtigsten fassen die Gesetzbücher für Württemberg (Art. 288.) und für Baiern (Art. 288.) die falsche Denunciation auf als ein Mittel die Verläumdung zu verüben. Denn wir sehen bei der falschen Denunciation darin die Ehrverletzung, dass durch dieselbe unser guter Name bei andern gefährdet wird. Die anderen Strafgesetzbücher trennen die falsche Denunciation von der Verläumdung, und behandeln beide einzeln als besondere Verbrechen *).

Nach allen wird übereinstimmend unter falscher Denunciation verstanden die bei der Obrigkeit geschehene wissentliche falsche Anklage eines Unschuldigen, um ihn in Untersuchung und Strafe zu bringen.

3. Ehrenkränkung im engeren Sinne oder Beleidigung.

Die Anerkennung unserer Ehre bekundet sich durch die Achtung, die wir unter unsern Mitmenschen genießen; die Nicht-Anerkennung, die Kränkung unserer Ehre besteht sonach in der Verachtung, die gegen uns von andern ausgesprochen wird. Dieses findet sich auch bei der Verläumdung, denn der Verläumder spricht durch die Mittel, die er, um sein Verbrechen zu realisiren, anwendet, nothwendig Verach-

*) Str. G. B. für Sachsen: Art. 197. — für Baden: §. 284.

tung gegen uns aus. Es liegt somit Verachtung allen Ehrverletzungen zu Grunde. Der Unterschied der Verläumdung von der Beleidigung besteht nur darin, dass durch erst genanntes Verbrechen der gute Name jemandes gefährdet wird, bei der Beleidigung aber der Injuriant bloß seine verachtende Gesinnung gegen jemanden bezeugt. Es ist der Unterschied beider Verbrechenstypen bloß in ihrer Folge zu suchen. Am einfachsten ist es, wenn man die Ehrenkränkungen auf die Fälle beschränkt, in denen herrschende Sitte, Volks- und Standesmeinung eine Injurie sieht und die nicht zu der so eben besprochenen Verläumdung gehören. Denn da die Ehre unbegreifbar ist, so wird auch die Grenze der ehrenkränkenden Handlungen zu verschiedenen Zeiten eine engere oder weitere sein. Das ist aber nicht bei der Verläumdung der Fall. Sie hat einen bestimmten Charakter, eine bestimmte Grenze; und die Gesetzgebung hat ein Recht die Grenze der Verläumdung zu bestimmen, sobald sie nur die Ehrenverletzung selbst nicht willkürlich beschränkt.

B. Die innere Seite bei der Injurie — das Moment des Willens.

1. Freiheit — Wille — *dolus* und *culpa*.

Auf der Freiheit des Menschen beruht das Strafrecht. Die Freiheit bedarf keines weiteren Beweises. Sie erweist sich selbst lebendig in der Brust eines Jeden *). Die Freiheit

*) **BERNER'S** Grundlinien der juristischen Imputationslehre S. 2. „es liegt in eines Jeden unmittelbarem Bewusstsein, dass er sich selbst bestimmen, dass er wollen kann. Sich selbst bestimmen oder wollen ist Freiheit.“

ist der Quell des menschlichen Gedankens und Willens, unerschöpflich, mit seinen ewig neuen Fluthen jeden Damm, von fremder Hand dem Willen entgegengestellt, durchbrechend. Die Freiheit ist unbegreifbar. Wie wir körperlich das immer in Fluss Seiende, den Quell nicht ergreifen können, und wenn wir die einzelnen Wogen greifen, der Quell uns entrinnt, so entrinnt auch die Freiheit unserem Begriffe und duldet nicht, dass wir mit unserem Begriffe ihr Leben zerstören. Denn der Begriff muss die Freiheit bestimmen; sie ist aber nur Freiheit, wenn sie nicht bestimmt wird.

Immer und überall zieht sich die Freiheit durch den menschlichen Willen *). Wo Freiheit fehlt, fehlt auch Wille; die Möglichkeit, Wille zu werden, liegt in der Freiheit. Die reine Freiheit ist aber nicht der Wille. Denn nur der hat einen Willen, der etwas Bestimmtes will; die Sprache schon nennt das Schwanken, das sich nicht Bestimmen willenlos. Es ist der Wille in der Abstraction nicht denkbar. **BERNER** hat es versucht; er bemüht sich die Entwicklung des Willens zu begreifen. Das Wort „begreifen“ (erfassen) verlangt aber, wie schon oben gesagt ist, nothwendig die Aeusserlichkeit des zu begreifenden Gegenstandes. Wir begreifen daher den Willen erst in seiner Verkörperung, in der Erscheinung, in der Aeusserlichkeit. Es ist somit der Begriff des Willens in der concreten Handlung enthalten, und wird uns durch dieselbe gegeben. Wo Wille fehlt, da fehlt auch Handlung. **BERNER** bezeichnet die Handlung treffend durch folgende zwei Formeln:

*) **BERNER** a. a. O. S. 5. nennt Freiheit das Moment der Allgemeinheit im Willen. Doch scheint mir „Moment“ als Bezeichnung der Freiheit zu eng zu sein, da sie das Lebensprinzip des Willens ist.

1. Das Geschehene ist ein Gewolltes, und
2. das Gewollte ist ein Geschehenes.

Hierdurch ist ausgedrückt die Einheit von Willen und That; es verschwindet sonach die Handlung, sobald sich eins dieser Momente nicht mehr vorfindet. Durch die beiden angeführten Formeln ist, wie BERNER richtig bemerkt, ausgedrückt, dass die Handlung eine dolose (*sub Nr. 1.*) vollendete (*sub Nr. 2.*) sei. *Dolus* bezeichnet das Subjective bei der Handlung, den Willen; Vollendung das Objective, die That. Ohne Willen war, wie wir gesehen, keine Handlung denkbar. Da aber *dolus* den Willen bezeichnet, so kann es nur dolose Handlungen geben. Daher ist es unmöglich in der Handlung mit BERNER auch die *culpa* zu finden, es wäre denn, dass *dolus* und *culpa* dasselbe bedeuten. BERNER, der die Handlung richtig begreift als Einheit von Wille und That, spricht dennoch von einer culposen Handlung, und findet dieselbe dann, wenn das Moment der That überwiegt; — es ist eine Handlung, sagt BERNER, bei der mehr geschah, als gewollt wurde. Das heisst denn doch, bei dem mehr Geschehenen fehlte der Wille. Dieses Geschehene aber, zu dem der Mensch keinen Willen hatte, keine Einwilligung gab, ist nicht mehr Handlung — es ist blos geschehen, es ist That.

Dass bei der *culpa* der Wille fehlt, sehen wir auch aus BERNER's trefflicher Entwicklung derselben*). Er findet das Schuldhafte bei der *culpa* in der Unaufmerksamkeit (*animum non advertere*). Das ist auch vollkommen wahr. Diese Auffassung der *culpa* findet sich auch in den neueren Strafgesetzbüchern Deutschlands.

*) BERNER a. a. O. S. 227 u. 228.

Die Unaufmerksamkeit verbietet es mir, dass ich die Folgen gemerkt, gewusst hätte. Was ich aber nicht gedacht, nicht gewusst, das konnte ich auch nicht wollen. Das Schuldhafte bei der *culpa* liegt daher darin, dass ich kein Bewusstsein, keinen Willen hatte, wo ich es haben musste und konnte. Dieses ist die einzig mögliche *culpa*. BERNER nennt sie Unvorsichtigkeit, *culpa* ohne das Bewusstsein der Möglichkeit*), und unterscheidet von ihr Frevelhaftigkeit, *culpa* mit dem Bewusstsein der Möglichkeit. Hier aber ist Bewusstsein vorhanden. Dieses involvirt bei der Handlung den Willen. Sie kann daher nur dolos sein. Denn wenn auch dem Frevelhaften der verbrecherische Erfolg seiner Handlung unangenehm war, und er ihn gern vermieden sah, so war doch die Lust an der Handlung grösser, als die Furcht vor der Möglichkeit des Erfolgs. Diese Lust war es, die den Frevler in die Möglichkeit des verbrecherischen Erfolges einzuwilligen zwang.

BERNER sagt a. a. O. S. 247.: „Es hofft der Frevler, den verbrecherischen Erfolg glücklich zu vermeiden; er will ihn nicht“ — BERNER vergleicht jetzt den Frevler mit dem Würfelspieler, der sicherlich den Verlust nicht will.

Doch wie die Lust am Spiele, die Hoffnung des Gewinnes den Spieler in die Möglichkeit des Verlustes einwilligen lässt, und er deshalb den Verlust, wenn auch ungern, tragen muss, ebenso willigt auch der Frevler in die Möglichkeit des verbrecherischen Erfolgs. Es ist dieser Erfolg für den Frevler gleich einem Spiegel, in welchem er erschreckt seine eigene Hässlichkeit gewahrt. Doch die ist sein, die gehört ihm an;

*) BERNER a. a. O. S. 246 u. 248.

so oft er sie vergangen denkt, so oft zeigt jener Spiegel ihm seine Hässlichkeit, und er muss zuletzt an sie glauben.

Wenn wir daher eine Handlung unternehmen, bei der wir die Möglichkeit eines verbrecherischen Erfolges voraussehen, so trennt sich dieser Erfolg nicht von der Handlung; das Kind aber muss den Namen seines Vaters führen, und der heisst *dolus*.

Wenn jetzt aber BERNER a. a. O. S. 247. weiter sagt: „die Sinnlichkeit und Behaglichkeit mache hier den beredten Anwalt, um dem Frevler darzuthun, dass er unmöglich den bei allen übrigen Sterblichen als leicht möglich erkannten Schaden herbeiführen könne, denn er selbst habe ja den Erfolg in seiner Hand, und dieser könne bei hinreichender Aufmerksamkeit — die er ja, wie sich das ganz von selbst verstehe, in vollstem Maasse anwenden werde — auf keine Weise eintreten. So verblendet der Frevler sich selbst und hüllt sein sonst klares Bewusstsein in Trübheit und Nebel“ — indem BERNER dies aufstellt, hat er vollkommen Recht, es als *culpa* zu bezeichnen; unrichtig sieht er aber darin *culpa* mit dem Bewusstsein der Möglichkeit. Denn es ist hier die Möglichkeit des verbrecherischen Erfolgs schon dem Bewusstsein entrückt; der Handelnde hält vielmehr denselben für unmöglich; und seine Schuld liegt eben darin, dass er kein Bewusstsein, keinen Willen hat, wo er es haben konnte und musste. Strafbarer allerdings ist in solchem Falle die *culpa*, wo der Handelnde selbst sein Bewusstsein verhüllt, als wenn es ohne sein Zuthun Umstände und Verhältnisse thaten.

Wenn BERNER sodann den Unterschied der Frevelhaftigkeit vom *dolus eventualis* darin findet, dass der Frevelhafte seine

Handlung unterlassen hätte, wenn die blosse Möglichkeit*) Nothwendigkeit gewesen wäre, während der mit *dolus eventualis* Handelnde seine Handlung auch in diesem Falle nicht unterlassen hätte; so ist damit allerdings ein richtiger Unterschied zwischen Frevelhaftigkeit und *dolus eventualis* gegeben; keineswegs aber ist damit die Frevelhaftigkeit aus dem Gebiete des *dolus* verdrängt worden; denn ob jemand in die Nothwendigkeit oder blos in die Möglichkeit eines verbrecherischen Erfolges willigt — immer war der Wille vorhanden und Wille bei der Handlung heisst *dolus*.

Diese Auffassung des *dolus* und der *culpa* findet sich dem Prinzipie nach auch in den neueren Strafgesetzbüchern Deutschlands; obwohl sie bisweilen von den Consequenzen, die aus diesem Prinzipie folgen, sich trennen. Denn während von allen deutschen Gesetzgebungen die Fahrlässigkeit, *culpa*, in dem Mangel der Aufmerksamkeit**), in der Unaufmerksamkeit***) gesehen wird, so hält dennoch das Würtembergische Strafgesetzbuch Art. 59. den Fall für eine Fahrlässigkeit, wenn der Handelnde die Gefährlichkeit seiner Handlung eingesehen, diese aber in dem leichtsinnigen Glauben, dass der rechtswidrige Erfolg nicht eintreten werde, gleichwohl begangen. Wie wir aber schon gezeigt, kann bei dem, was jemand mit Bewusstsein unternimmt, der Wille, die Einwilligung in den vorausgesehenen Erfolg nicht gefehlt haben.

Dieselbe Inconsequenz, wie im Würtembergischen, finden wir auch im Hannöverschen Strafgesetzbuche Art. 48., wo ganz derselbe Fall zur Fahrlässigkeit gerechnet wird.

*) nämlich: des verbrecherischen Erfolgs.

**) Str. G. B. für Würtemberg: Art. 58. — für Braunschweig: §. 29.

***) Str. G. B. für Hannover: Art. 46. — für Baden: §. 101.

2. Die *culpa* bei der Injurie.

Uebereinstimmend erklären die deutschen Strafgesetzbücher die *culpa* nur in gesetzlich bestimmten Fällen für strafbar *). Richtig wäre es nur bei den Verbrechen, die durch Fahrlässigkeit nicht begangen werden können, die *culpa* nicht zu bestrafen; wo aber Fahrlässigkeit die Ursache eines Verbrechens wurde, da kann auch nichts anderes, als Strafe, folgen, weil im Verbrechen schon die Strafe lag. Unbestreitbar aber ist es, dass manche Verbrechen durch Fahrlässigkeit nicht begangen werden können, wie z. B. das Verbrechen des Diebstahls, denn um zu stehlen, muss ich gerade sehr aufmerksam auf das fremde Eigenthum geworden sein.

Wenden wir uns jetzt zur Injurie und untersuchen, ob zu diesem Verbrechen auch *culpa* Veranlassungsgrund sein kann oder nicht. Hier insbesondere erweist sich als nothwendig und zweckmässig die von uns schon oben erörterte Eintheilung der Injurien in Verläumdung und Ehrenkränkung im engeren Sinne.

Im Allgemeinen lässt sich bei den Injurien die Möglichkeit einer *culpa* weder bejahen noch verneinen. Die meisten positiven Rechte verneinen allerdings jede *culpa* bei der Injurie, und kennen daher auch keine Strafbarkeit für dieselbe; so das römische Recht**), das gemeine deutsche Criminal-

*) HAEBERLIN, Grundsätze des Criminalrechts, Bd. 3. S. 39 u. 40. bemerkt richtig, dass bei der Bestimmung, in welchen Fällen die *culpa* strafbar sei, kein leitendes Prinzip den Gesetzbüchern zu Grunde liege, da willkürlich und nicht übereinstimmend in den einzelnen derselben die Fälle der strafbaren Fahrlässigkeit festgestellt sind.

**) I. 3. §. 1 u. 2. *D. de injuriis*. — I. 4. *D. eodem*. — I. 13. §. 4. *D. locati conducti*.

recht *), desgleichen auch die neuesten Strafgesetzbücher Deutschlands, mit Ausnahme des Württembergischen und Sächsischen.

Betrachten wir uns genauer die einzelnen Arten der Injurien, so lässt sich

1) bei der Ehrenkränkung im engeren Sinn oder der Beleidigung ganz und gar nicht die Möglichkeit einer *culpa* finden. Denn es besteht dieses Verbrechen darin, dass der Injuriant jemandem Verachtung durch Wort oder That zeige. Um aber jemandem Verachtung zeigen zu können, muss ich ihn verachten oder verachten wollen. Dies ist aber ohne Bewusstsein, ohne Willen nicht denkbar. Es ist hier immer die Gesinnung des Injurianten, die dem Worte und der That den injuriösen Charakter giebt. Bei der *culpa* aber fehlt das Bewusstsein, fehlt die Gesinnung. Das Wort, die That allein aber, ohne dass durch sie eine ehrenkränkende Absicht ausgedrückt werden soll, bedeuten noch keine Ehrenkränkung, können nur das bedeuten, was der vermeintliche Injurant mit denselben hat bezeichnen wollen. So wenn ein Engländer, der deutschen Sprache nur wenig kundig, jemanden einen Schuft nennt, weil er glaubt, dieses Wort bedeute „gentleman“, so wird doch wahrlich Niemandes Ehre dadurch gekränkt.

Es ist auch ohne Widerspruch von Gesetzgebern wie von Gelehrten die *culpa* bei der Ehrenkränkung im engeren Sinne nicht angenommen worden. Daher ist dieser Punkt als schon ausgemacht und erledigt zu betrachten **). Nicht so übereinstimmender Ansicht sind Gesetzgeber sowohl wie Gelehrte:

*) FEUERBACH's Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 278. Note I.

**) WEBER, über Injurien und Schmähschriften. S. 47 u. 48. HUFNAGEL's Commentar zum Württembergischen Str. G. B. Bd. 2. S. 169.

2) in Betreff der Verläumdung. Bei der Verläumdung, deren Folge die Vernichtung unseres guten Namens ist, kann leicht dieser Erfolg durch unbedachte und unvorsichtige Aeusserungen jemandes herbeigeführt werden. Dieses bedarf keines Beweises. Das Unbedachte, das Nicht-Vorhergesehene ist aber *culpa*. Somit kann *culpa* sehr wohl der Verläumdung zu Grunde liegen. Das geben auch die Schriftsteller zu, die sich gegen die Bestrafung der culposen Injurien erklären*). WEBER sagt in seiner Schrift über Injurien und Schmähschriften S. 48.: „die Verläumdung kann freilich auch durch unvorsichtige Aeusserungen veranlasst, und insofern die Idee einer unvorsätzlichen Injurie an sich betrachtet einigermassen vertheidigt werden. Man erwäge aber die Folgen, die es haben würde, wenn die Gesetzgebung diese Idee aufnehmen, und auch vor Gericht als Injurie gelten lassen wollte, so oft jemand aus Unbedachtsamkeit etwas unternommen, oder zu Dingen Gelegenheit gegeben hätte, wodurch ein anderer sich in seiner Ehre gekränkt fände.“ WEBER nun meint, es würde die Folge haben, dass aller gesellschaftlicher Umgang dadurch äusserst leiden müsste. Ich halte es aber für bedeutend schlimmer, wenn unsere Ehre leiden muss; zudem glaube ich auch, dass WEBER leere Befürchtungen hat; der gesellschaftliche Umgang wird und kann dadurch nimmer leiden; es wird nur Unbedachtsamkeit und Unvorsichtigkeit seltner werden; und die sind doch hoffentlich nicht nothwendige Factoren des gesellschaftlichen Umgangs!

Und dann! welchen Grund haben die Gesetzgebungen

*) JAGEMANN a. a. O. S. 58. §. 3. „Fahrlässige Injurie wäre an sich denkbar.“

culpose Tödtung zu bestrafen, culpose Ehrverletzungen aber ungeahndet zu lassen? Mit Recht kann ich die Hoffnung aussprechen, dass den Meisten die Ehre ein eben so hohes, wenn nicht noch grösseres Gut, als das Leben ist. Die Gesetzgeber haben daher keinen andern Grund als die Willkühr. Von allen neueren Gesetzbüchern Deutschlands haben, wie ich schon oben bemerkt, nur die für Württemberg und Sachsen die culpose Verläumdung unter Strafe gestellt*).

3) Die falsche Denunciation. Da dieselbe nur ein Mittel ist die Verläumdung zu verüben, so gilt hier dasselbe, was schon über die Verläumdung gesagt worden.

3. Der *dolus* bei der Injurie — (*animus injuriandi*).

Es versteht sich von selbst, dass dieselben Ansichten, die wir schon oben über den *dolus* ausgesprochen haben, auch bei der Injurie die geltenden sind. Denn jede Handlung, daher auch die injuriöse, ist entsprungen aus dem Willen des Menschen, somit *dolos*. Die Wirkung aber vermag nicht die Ursache zu verändern.

Zum *dolus* nun gehört jeder Erfolg, den der Handelnde als nothwendige oder mögliche Wirkung seiner Handlung erkannte, mochte sonst auch dieser Erfolg von ihm gewünscht (beabsichtigt), ihm gleichgültig oder selbst unwillkommen sein.

Deshalb leidet die Annahme mehrerer Schriftsteller, dass zur Begründung jeder Injurie die Absicht zu beleidigen (*animus injuriandi*) nothwendig sei, an einem doppelten Mangel:

*) Str. G. B. für Württemberg: Art. 289. Doch ist culpose Verläumdung durch falsche Denunciation begangen ausdrücklich als straflos in diesem Artikel hingestellt. Str. G. B. für Sachsen: Art. 195.

1) weil wir gesehen haben, dass das Erforderniss des *animus injuriandi* doch nicht in dem Grade Nothwendigkeit ist, um die *culpa* gänzlich aus dem Gebiete der Injurie zu verdrängen, und

2) weil der *animus injuriandi* den Begriff des *dolus* nicht einmal erschöpfend bezeichnet, denn es wird durch denselben nur eine Form, in der sich der *dolus* bei der Injurie zwar meist und gewöhnlich zeigt, ausgedrückt. Diese Form ist die Absicht; es ist die Richtung des Willens auf einen bestimmten Zweck, auf ein bestimmtes Ziel hin durch Absicht bezeichnet. Allerdings müssen wir einen Zweck bei jeder Handlung annehmen*), sobald wir uns als handelnd Personen denken, die ihrer Verstandeskkräfte nicht beraubt sind. Und nur bei solchen kann von Handlungen die Rede sein. Wer nichts bezweckt, wer keinen Erfolg will, der kann auch nicht handeln, denn jede Handlung hat ihre Folgen. Wer demnach etwas thut, ohne etwas zu bezwecken, kann in diesem Falle kein Bewusstsein haben, weil, wie wir sehen, That und Folge untrennbar sind. So nach muss einer jeden Handlung Zweck und Absicht zu Grunde liegen. Wo Zweck fehlt, fehlt auch Absicht. Doch nicht immer tritt einzig und allein der bei einer Handlung beabsichtigte Erfolg ein; es hat die Handlung oft auch Folgen, die, weil sie der Zweck des Handelnden nicht waren, ihm gleichgültig oder selbst unwillkommen sein können. Diese Erfolge waren nicht Zweck des Handelnden, auf sie konnte daher auch seine Absicht nicht gerichtet sein, wenngleich er sie als möglich voraussah, und sie ihm daher nach der von uns oben

*) BERNER, die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über *dolus* und *culpa*. S. 66.

aufgestellten Theorie zum *dolus* zuzurechnen sind*). Fassen wir daher den *dolus* bloß als Absicht, so müssen wir diese Erfolge, obwohl sie mit dem Willen des Handelnden vermittelt sind, als nicht dolose betrachten. Zur *culpa* können sie auch nicht gezogen werden, weil bei ihnen Bewusstsein, Einwilligung des Handelnden hervortreten. Wohin solche Erfolge zu rechnen sind, wenn man den *dolus* bloß als Absicht auffasst, mögen jene Schriftsteller uns sagen, die eine solche Theorie des *dolus* in Bezug auf Injurien geschaffen, die den *dolus* bloß in dem *animus injuriandi* sehen. Doch ich gebe die Hoffnung auf von ihnen eine Antwort zu erhalten, da die meisten derselben schon im Grabe sind und bei Lebzeiten es zu bestimmen unterlassen haben. Heut zu Tage wird es wohl nur wenigen einfallen**), als nothwendiges Erforderniss jeder Injurie den *animus injuriandi* zu verlangen, es sei denn, dass unter *animus injuriandi* dasselbe verstanden wird, was unter *dolus* im weitesten Sinne. In diesem Sinne finden wir denn auch den *animus injuriandi* erklärt bei FEUERBACH (Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 278.), WEBER (a. a. O. S. 44.), REIN (Criminalrecht der Römer S. 368.) und anderen.

Sehr wahrscheinlich ist die Annahme WAECHTER's und

*) So wenn jemand an einem ziemlich belebten Orte nach einer Zielscheibe schießt, und dabei die Möglichkeit, einen Menschen zu tödten, voraussieht. Er hofft nun freilich, dies wird nicht geschehen. Trotz dieser Hoffnung aber wird durch seine Handlung der Tod eines Menschen veranlasst. Hier hat dieser rechtswidrige Erfolg keineswegs in der Absicht, wohl aber im Willen des Handelnden gelegen.

**) WALTER, über Ehre und Injurien nach römischem Rechte, im N. A. des Criminalrechts a. a. O. hält dafür, dass auch vom römischen Rechte der *animus injuriandi* als nothwendiges Erforderniss aufgestellt sei. Dagegen REIN a. a. O.

REIN's *), dass der Ausdruck *animus injuriandi* zur Bezeichnung des Willensmomentes bei der Injurie dadurch auf gekommen ist, weil den allermeisten Injurien die auf Injurirung gerichtete Absicht zu Grunde liegt. Bei diesen Fällen ist auch allerdings der Ausdruck *animus injuriandi* schärfer bezeichnend als *dolus*. Und so entstand dieser Irrthum, wobei das Willensmoment gänzlich schief aufgefasst wurde, und lange Zeit hindurch herrschte derselbe durch das Machtgebot der Gelehrten: *jura in verba magistri*.

Wenn hiernach erwiesen ist, dass der Ausdruck „*animus injuriandi*“ wenigstens keine richtige und genügende Bezeichnung für das Willensmoment jeder Injurie abgibt, so ist doch in anderer Beziehung dieser Begriff (des *animus injuriandi*) bei der Injurien-Lehre von einer nicht geringen Wichtigkeit. Wir werden gleich sehen, wie die beleidigende Absicht jeder Handlung und Aeusserung den Charakter der Injurie ausdrückt, sobald sie sich deutlich genug manifestiren konnte. Denken wir uns einzelne Injurien-Fälle, so kommen wir zu dem Resultat, dass es hierbei Handlungen und Aeusserungen giebt, die, ganz unzweideutig, schon nach dem Sprachgebrauch nichts anderes bedeuten sollen und können, als Kränkung der Ehre, weil herrschende Sitte, Volks- und Standesmeinung diesen Begriff mit ihnen verbindet**). Sie sind gültige Münze; braucht man dieselben, so weiss jeder, wofür er sie zu halten hat***).

*) WAECHTER's Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts. Theil 2. S. 94. — REIN, das Criminalrecht der Römer. S. 368.

**) Badisches Str. G. B. §. 295. Hier werden diese Handlungen bezeichnet als solche, die schon an und für sich eine verächtliche Behandlung oder Beschimpfung enthalten.

***) Der Kürze wegen wollen wir diese Handlungen objectiv injuriöse nennen.

Zudem sehen wir aber auch die Injurie begangen durch sonst erlaubte Handlungen, die aber durch die in sie gelegte und deutlich erwiesene Absicht zu beleidigen, unerlaubt und Injurie wurden. Jetzt verschwindet der Unterschied zwischen beiden Handlungen zum Theil wenigstens, denn beide sind Injurie geworden und beide bedeuten Kränkung der Ehre. Doch ehe dieser Unterschied verschwunden ist, ehe beiderlei Arten von Handlungen Injurie ausdrücken, zeigt sich die Verschiedenheit darin, dass die objectiv injuriösen Handlungen Injurien sind, während sonst erlaubte Handlungen zu Injurien bloß werden können. Den injuriösen Charakter erhalten sie durch die beleidigende Absicht; nur müssen die den concreten Fall begleitenden Umstände deutlich und zur Genüge diese Absicht erweisen.

Wie die beiden so eben genannten Arten von Handlungen schon in ihren Anfängen verschieden waren, so fallen sie auch bei ihrer weiteren Entwicklung nicht ganz zusammen, es verwischt sich nicht jeder Unterschied bei ihnen. Dieser zeigt sich vielmehr darin, dass, während bei den objectiv injuriösen Handlungen der *dolus* in den mannigfachsten Formen sich manifestiren kann, und in seiner weitesten Bedeutung auf dieselben Anwendung findet, dass, sage ich, bei den sonst erlaubten Handlungen der *dolus* bloß in der Form der Absicht (*animus injuriandi*) hervortreten vermag, woher auch bei denselben jede Möglichkeit einer *culpa* ausgeschlossen ist. Denn ohne diese Absicht würde ja in solcher Handlung nichts Ehrenkränkendes liegen; dieselbe ist ja eine sonst erlaubte, die beleidigende Absicht bloß macht sie zu einer unerlaubten, macht sie zur Injurie. Die objectiv injuriösen Handlungen drücken dagegen immer etwas Ehrenkränkendes aus, sie sind immer unerlaubt; daher auch stets eine

dolose Injurie vorhanden ist, sobald dem Handelnden die Eigenschaft der objectiv injuriösen Handlung bekannt war.

Sonach ist bei sonst erlaubten Handlungen der *animus injuriandi* ein nothwendiges Erforderniss, damit dieselben unerlaubt, Injurien werden.

WEBER in seiner Schrift über Injurien und Schmäh-schriften findet blos in objectiv injuriösen Handlungen eine Injurie und streitet dagegen, dass die Absicht zu beleidigen sonst erlaubte Handlungen zu Injurien entwickeln kann. Unter anderem äussert er (Seite 53.): „die blosser Absicht, andere zu beleidigen oder zu beschimpfen, kann durchaus nicht zur gerichtlichen Untersuchung gezogen, noch weniger bestraft werden, so lange sie in eine äussere Handlung oder Unterlassung des Schuldigen entweder gar nicht ausbricht, oder der Vorgang, wobei jene Absicht zum Grunde lag, an sich doch eine erlaubte Sache war, eine Handlung war, die der Urheber mit Recht vornehmen konnte.“

Mit Recht aber konnte er in dem concreten Falle die Handlung nicht vornehmen, sobald sie die Verkörperung der beleidigenden Absicht sein sollte. Denn diese Absicht macht die Handlung unerlaubt*).

Auch vermag WEBER nicht den Consequenzen seiner Theorie treu zu bleiben. Seine Aeusserungen S. 55. und 59. bezeugen es: „es ist Injurie, wenn Jemand Handlungen, wozu er sonst zwar ein Recht hatte, ohne irgend einen Grund zur äusseren Rechtfertigung vor sich zu haben, blos zur Chikane eines andern, und um ihn verächtlich zu machen, unternimmt.“

*) l. 44. D. de injuriis.

So ist von einigen durch die falsche Theorie des *animus injuriandi* das Willensmoment, von andern wieder durch die Behauptung, dass stets objectiv injuriöse Handlungen zur Injurie nothwendig seien, das Thatmoment bei der Injurie äusserst verkrüppelt und beschnitten. Sieht und hört man dieses, so fällt einem unwillkürlich ein, diese Personen mit einem Menschen zu vergleichen, der blos in seinen vier Wänden gelebt hat und nun endlich in die freie Natur kömmt; er sieht den Baum mit Aesten und Zweigen, mit Blüthen und Früchten, — er aber kennt ihn nicht. Holz ist ihm freilich bekannt, das hat er schon an seiner Diele, an Fenstern und Thüren gesehen. Damit er nun das Bekannte im Baume wiederfinde, muss er des Baumes Leben zerstören, Früchte und Blüthen abreißen, — und das Holz bleibt übrig und das Holz kennt er. Der lebensfrische Baum aber war und bleibt ihm unbekannt.

Die neueren Strafgesetzbücher Deutschlands haben sich auch von jener alten Theorie des *animus injuriandi* losgesagt. Insbesondere verlangt das Badische Gesetzbuch zum subjectiven Thatbestande der Injurie den *dolus**). Ebenso die übrigen Gesetzbücher**). Auch findet sich in vielen dieser Gesetzbücher die Unterscheidung zwischen objectiv injuriösen Handlungen und solchen, die durch die ehrenkränkende Absicht erst unerlaubt, Injurien werden***).

*) Str. G. B. für Baden von THILO: §. 294. der Commissionsbericht der II. Kammer. (OBKIRCHER).

**) Str. G. B. für Sachsen: Art. 198. — für Baiern: Art. 284. — für Hannover: Art. 264.

***) Str. G. B. für Baden: §. 295. — für Sachsen: Art. 199.

mögen, dieser dagegen keine höhere Instanz als seine Einsicht über sich anerkennen darf.

III. Erörterung eines Rechtsfalls, den zweimaligen Verkauf derselben Sache betreffend,

VON

Reinhold Victor Stoffregen aus Riga.

Einer meiner akademischen Lehrer äusserte zum Oeftern beim Eingange akademischer Dissertationen, er sehe diejenigen am liebsten, in denen eine gewisse Idee durchgeführt worden wäre, unangesehen, ob er mit dem Resultate übereinstimmen könne oder nicht. Ich sehe darin eine Anerkennung dessen, dass, wo nicht jede, so doch wenigstens die wissenschaftliche Thätigkeit durch die Beziehung auf einen inneren Zweck selbst gehoben und erleuchtet wird. Wenn nun ein unlängst in die Halle der Wissenschaft aufgenommener Jünger derselben einen solchen Zweck im Ganzen durch systematische Behandlung des juristischen Materials noch nicht mit Erfolg anstreben kann, so setzt er sich, um jenen Vortheil der Zweckmässigkeit in der Thätigkeit nicht zu verlieren, die Erörterung des Einzelnen und Concreten als den beschränktesten Zweck.

Dies über die Wahl des Gegenstandes.

Die Behandlung anlangend, so stellte ich mich schon deshalb lieber auf den Standpunkt des Sachwalters und Richters, als auf den des Gelehrten, weil jene gerne eine höhere Instanz über sich anerkennen und sich derselben getrösten

Der Inhaber des sogenannten „Bärenkruges“ auf dem Gute Hakelfer in der Nähe des Städtchens W. in Livland, Namens Reuter *), verkaufte am 1. September 1847 dem in jenem Städtchen stationirten Lieutenant Worowsky sein sechsjähriges Pferd für 50 Rub. S. M. Worowsky zahlte dem Reuter 25 Rub. S. M. sogleich aus und verabredete mit ihm, dass er um eine Woche durch seinen Bedienten das Pferd abholen und die übrigen 25 Rub. S. M. nachzahlen lassen würde. Tages darauf besuchte den Reuter sein Nachbar, der Müller Greif, der schon früher mit ihm auf das an Worowsky verkaufte Pferd gehandelt hatte. Auch diesmal kamen sie wieder auf diesen Gegenstand zurück, und Greif, ohne etwas von dem mit dem Lieutenant abgeschlossenen Verkauf zu wissen, erhandelte von Reuter das Pferd für 60 Rub. S. M. und nahm dasselbe, nachdem er den Kaufpreis gezahlt, sofort mit sich.

Zwei Tage nachher wird ihm die Nachricht, dass das Pferd am Morgen früh todt im Stalle gefunden worden. In der Voraussetzung, dass dieser so rasche Tod durch einen innern Fehler des Pferdes, dessen er sich vergewissern müsse, herbeigeführt worden sei, nimmt er die Mitwirkung des Gerichts in Anspruch, welches im Vercin mit dem Veterinairarzt Solbrig, der eine Legalsection vornimmt, zu dem Resultat gelangt, dass das Pferd durchaus keinen Fehler gehabt, auch der besten Wartung theilhaftig geworden, indess einer Seuche zum Opfer gefallen, welche um diese Jahreszeit das

*) Sämmtliche Namen im Folgenden sind fingirt.

Land häufig heimsuche, und um so gefährlicher sei, da weder die kräftigste Gesundheit, noch die beste Wartung das Thier gegen sie schütze.

Greif glaubte nunmehr allerdings keinen Anspruch auf Entschädigung gegen Reuter zu haben, und verhielt sich deshalb ruhig.

Am 8. September schickte Worowsky seinen Bedienten mit einem Briefe an Reuter, welcher Brief 25 Rbl. S. M. und die Bitte enthielt, dem Bedienten das Pferd zu übergeben. Reuter behielt das Geld an sich und schrieb dem Lieutenant zurück, das Pferd könne er nicht liefern, weil dasselbe ohne seine Schuld umgekommen sei. Der Bediente des Lieutenants hörte aber von den Leuten des Krügers, dass dieser das Pferd dem Müller Greif verkauft gehabt und dasselbe in dessen Gewahrsam krepirt sei, und erzählte dies Sachverhältniss seinem Herrn bei Uebergabe der Antwort Reuters.

Worowsky fuhr nunmehr zum Müller Greif, der die Nachricht des Bedienten dem Obigen gemäss bestätigte, aus der Erzählung des Lieutenants aber wieder die Ansicht schöpfte, dass er, Greif, niemals Eigenthümer des Pferdes gewesen, daher zur Rückforderung des gezahlten Kaufpreises berechtigt sei.

Beide, der Lieutenant Worowsky sowohl, als der Müller Greif, wandten sich nun an die Gerichte, um ihre resp. Ansprüche geltend zu machen. — Was ist nun mehr in dem vorliegenden Falle Rechtens?

Das competente *forum*, das des Krügers Reuter als des Beklagten, hat den Fall der Beurtheilung nach livländischem Landrecht zu unterziehen. Das livländische Landrecht folgt aber in der Lehre vom Kauf und Verkauf mit wenigen, hier

irrelevanten Ausnahmen, der auf das römische Recht gegründeten gemeinschaftlichen Theorie.

BUNGE, Liv- und Ebstländisches Privatrecht, Bd. I.
(2. Auflage) § 218. *ad not. c.*

Das Vorhandensein zweier Strafgesetze, welche dem Wortsinne nach wenigstens den uns vorliegenden Rechtsfall unzweifelhaft mittreffen, eines römischen und eines russischen, nöthigen uns, auch in criminalrechtlicher Beziehung den Fall der Betrachtung zu unterziehen, der gemeinrechtlichen, weil dadurch die Natur des Rechtsfalles selbst und in mancher Beziehung die privatrechtliche Seite aufgeheilt werden kann, der russisch-rechtlichen, weil seit 1846 das russische Strafgesetzbuch, die Uloschenie von 1845, die hier ausschliesslich geltenden Strafrechtsquelle ist. Die beiden Gesetze sind:

fr. 21. de lege Cornelia de falsis XLVIII. 10.

Uloschenie v. 1845, Art. 2210.

Es zerfällt diese Erörterung somit in folgende Theile:

- 1) Die privatrechtliche;
- 2) die strafrechtliche

a) nach gemeinem } Recht.
b) nach russischem }

I. Die privatrechtliche Erörterung.

Diese umfasst

- 1) das durch den ersten Kauf zwischen Reuter und Worowsky begründete Rechtsverhältniss;
- 2) das durch den zweiten Kauf zwischen Reuter und Greif begründete Rechtsverhältniss und den etwanigen Einfluss des *sub 1.* erwähnten auf dieses letztere;

3) den Einfluss dieses zweiten auf die Ansprüche des Worowsky.

1. Das durch den ersten Kauf zwischen Reuter und Worowsky begründete Rechtsverhältniss anlangend, so hat der erstere folgende Rechte erworben:

Der Käufer muss ihm spätestens nach Ablauf einer Woche den Rest des *pretii* bezahlen und ihm sowohl in Beziehung darauf für *dolus* und *omnis culpa* haften, als in Bezug auf die Annahme der Sache. Dass der Käufer dem Reuter die Futterungs- und Wartungskosten für eine Woche bezahlen müsse, ist nicht anzunehmen, da einestheils abgemacht worden, dass der Käufer ihm (nur) 25 Rub. schicken und dagegen das Pferd erhalten solle, andernteils dem Verkäufer für diese Zeit ja auch der *usus* des Pferdes überlassen bleibt. Uebrigens kommt dies für unsre Hauptfrage, das gegenseitige Verhältniss beider Contracte, nicht weiter in Betracht. Desto wichtiger ist für dieselbe aber, dass auf den Käufer das *periculum* der Sache übergegangen ist, was die Bedeutung hat, dass, wenn die Sache vor der Tradition ohne Verschulden des Reuter unterginge, der Worowsky nicht nur keinen Anspruch auf Rückzahlung der bereits gezahlten Hälfte des Kaufpreises haben, sondern die noch fehlende sogar nachzahlen gehalten sein würde.

§. 3. I. *de emtione et venditione*. VANGEROW, Pandecten, Bd. III. §. 591. Anm. sub IV.

Zur Geltendmachung dieser Ansprüche hat der Verkäufer die *actio venditi*.

Dagegen hat der Käufer Worowsky folgende Ansprüche erworben: Einen persönlichen Anspruch, dass der Verkäufer Reuter ihm, sobald er zur rechten Zeit den Rest des *pretii*

gezahlt, das Pferd überliefern würde. Dieser persönliche Anspruch geht so weit, dass der Verkäufer erforderlichen Falles durch richterliches Einschreiten gezwungen werden kann, nicht bloß Werth und Interesse zu zahlen, wenn er das Pferd nicht liefert, sondern sogar das Pferd zu liefern, so lange ihm das möglich ist.

PAULUS, *S. R. I.* 13. §. 4.

fr. 11. §. 2. fr. 46. fr. 50. de actt. E. et V. XIX. 1.

Dennoch ist dieser Anspruch eben nur ein persönlicher und der Sache gegenüber durch die Person des Verkäufers vermittelt; dieser bleibt Eigenthümer der Sache und Inhaber der Vindication wie der *Publiciana in rem actio*.

GLÜCK, Pandecten, XVII, §. 1039. pg. 192.

Keine von diesen Klagen kann vor vollständiger Satisfaction wegen des Kaufpreises und geschener Tradition von dem Käufer angestellt werden. Mindestens wäre es nicht im Sinne des römischen Rechts, anzunehmen, dass das unmittelbar die Sache begreifende Eigenthumsrecht erworben werden könnte, ohne dass der Erwerber unmittelbar in ein Verhältniss zur Sache getreten wäre. Durch eine Obligation wird nur ein persönliches Recht erworben,

fr. 3. de O. et A.

durch den Kaufcontract wird das Eigenthum nicht eher erworben, als bis dem Verkäufer wegen des *pretii* Genüge geleistet worden,

fr. 5. §. 18. de tribut. act.

und er dem Käufer die Sache tradirt hat.

VANGEROW, Pandecten, I. §. 311. Anm. 4.

Es macht durchaus keinen rechtlichen Unterschied, ob das *pretium* gar nicht oder nur zum Theil gezahlt worden.

fr. 13. §. 8. de actt. E. et V. XIX. 1.

Völlig unstatthaft und willkürlich wäre ferner die Ansicht, dass, weil man doch annehmen müsse, der Käufer hätte die Hälfte des Kaufpreises nicht, ohne einen entsprechenden Vortheil für sich in Anspruch zu nehmen, früher als nothwendig bezahlt, ihm für die zweite Hälfte des *pretii* stillschweigend Credit geworden, und dadurch das Eigenthum an dem Pferde auf ihn übergegangen sei, während der Verkäufer dasselbe in seinem Namen ausübe und das Pferd als Pfand für die Bezahlung zurückbehalten hätte. Hierin würde die durch keine concludente Thatsache unterstützte doppelte Präsumtion der Creditgebung und eines *constituti possessorii* liegen, insofern der Verkäufer nunmehr angefangen haben müsste, den Usucapionsbesitz für den Käufer auszuüben.

Glück, Pandecten, XVI. §. 988. a. E.

Eben so wenig kann die Zahlung der Hälfte des Kaufpreises die Bedeutung einer *arrha* haben, insofern man darunter nicht bloß ein Zeichen des perficirten Kaufes, sondern auch ein Zeichen einer Strafsanction verstünde, des Inhalts, dass der Empfänger der *arrha* zur Wiedergabe des Doppelten, der Geber zum Verlust des Hingegebenen gehalten sein solle, wenn er einseitig vom Contracte zurückträte. Denn einestheils sprechen die Gesetze immer von ausdrücklicher Abmachung über solche *arrha* (*arrae nomine dare*), andernteils würde die Präsumtion jener Conventionalstrafe häufig zum Nachtheil desjenigen ausschlagen, dessen Vortheil sie vernünftiger Weise intendiren müsste, nämlich desjenigen Theiles, der den Contract aufrecht zu erhalten gesonnen ist, da ja häufig dem Käufer mehr daran gelegen sein kann, die ausbedungene Sache gegen Erlegung des Kaufpreises, als den reinen Gewinn des als

arrha Hingegebenen zu erlangen, und umgekehrt dem Verkäufer mehr daran, den ganzen ausbedungenen Kaufpreis gegen Hingabe der Sache, als den reinen Gewinn der *arrha* zu erlangen.

Glück, XVI. §. 982.

est. 2. quando ab emtione discedere liceat. IV. 45.

Die Erleichterung des Beweises der Perfection des Kaufes durch die Hingabe einer Quote des Kaufpreises als solcher ist aber ein rein factischer Vortheil, der dem Käufer ohne Erwähnung der *arrha* eben so sehr zu gute kommen kann, als wenn eine *arrha confirmatoria* ausgemacht worden, diesen factischen Vortheil müssen wir daher auch unserem Käufer Worowsky zusprechen, und insofern können wir allenfalls sagen, dass er dadurch von dem Verkäufer eine erhöhte Verbindlichkeit gewonnen.

Die Frage anlangend, wann der Verkäufer Reuter tradiren müsse, so steht zunächst fest, dass dies nicht vor vollständiger Solution des *pretii* zu geschehen braucht. Ob er aber sofort tradiren müsse, wenn der Käufer vor Ablauf der in der Abmachung erwähnten Woche gezahlt, dürfte von der Auffassung der Uebereinkunft seitens der Parteien abhängen; eben so, ob der Käufer sofort *in moram* verfalle, wenn er nicht sofort nach Ablauf jener Woche zahlt. Im Zweifel müsste den Worten der Uebereinkunft gemäss angenommen werden, dass der Verkäufer Reuter nicht vor Ablauf einer Woche zu tradiren gehalten ist, und der Käufer Worowsky *in moram* verfällt, wenn er nicht sofort nach Ablauf jener Woche zahlt.

Der Verkäufer muss ferner dem Käufer die Sache frei von allen juristischen und physischen Mängeln tradiren. Die ersteren anlangend, so haftet er ihm insbesondere wegen Eviction, die letzteren, aus dem ädilitischen Edict, dessen

Bestimmungen hier in Livland durch die Reception einiger deutsch-rechtlichen Abweichungen in der Lehre von der Wandelungsklage einigermassen modificirt sind.

BUNGE, *l. c.* §. 218. *ad not. n.*

Auch die Accessionen der verkauften Sache muss er dem Käufer mit herausgeben; also im vorliegenden Falle namentlich etwa das Füllen, wenn das Pferd nach der Perfection des Kaufes geworfen haben sollte. Ueberhaupt kommen dem Käufer, weil auf ihn von der Perfection des Kaufes an das *periculum rei* übergeht, alle Vortheile der gekauften Sache, das *commodum rei*, von diesem Zeitpunkt ab zu gut in dem Maasse, als wäre er von hier ab der Eigenthümer, obzwar der Verkäufer Eigenthümer bleibt.

GLÜCK, Pandecten, XVII., §. 1038, bes. pg. 192.

§. 3. *I. de E. et V.*

Wenn endlich der Verkäufer die gekaufte Sache zu tradiren nicht im Stande sein sollte, so haftet er dem Käufer für allen ihm durch seinen *dolus* oder irgend welche *culpa*, auch die geringste Nachlässigkeit verursachten Schaden, welche Nachlässigkeit darnach zu bemessen ist, was die Sache anbetrifft, dass er ihm zur *plena custodia* derselben verpflichtet ist.

fr. 2. §. 1. fr. 3. de peric. et comm. rei vend.

GLÜCK, Pandecten, XVI., §. 984.

Allein, wenn der Verkäufer auch ganz und gar nicht durch *dolus* oder *culpa* der Urheber dessen geworden ist, dass die Sache dem Käufer nicht tradirt werden kann, so muss er ihm doch wenigstens dasjenige abtreten, was ihm, dem Verkäufer, von oder statt der Sache nachgeblieben ist, also namentlich die Klagen, welche er zum Ersatz für die durch fremde Schuld verlorne Sache oder zur Entschädigung behal-

ten hat, selbst wenn jene Klagen über den Werth der verlorne Sache hinausgehen. Dies würde zum Theil schon aus dem Satze folgen, dessen wir uns oben erinnert, dass der Käufer seit der Perfection des Kaufes bei der Existenz der Sache und deren Vortheilen, so wie dem Nachtheil der Nichtexistenz, wie der Eigenthümer theilhaftig ist. Es wird aber auch durch eine Reihe von Quellenzeugnissen bestätigt:

§. 3. *I. de E. et V.*

fr. 31. pr. de actt. E. et V.

fr. 35. §. 4. de contrah. emtione.

fr. 14. pr. de furtis.

GLÜCK, Pandecten, XVI., §. 984. XVII. §§. 1033. 1038. pg. 192.

Man sollte nun glauben, es verstünde sich von selbst, dass, wo der Verkäufer zur Abtretung der Klage verpflichtet ist, er eben so sehr den Gegenstand derselben, wenn er ihn etwa durch die Klage oder, zwar ohne Anstellung derselben, aber auf den Rechtsgrund derselben hin, erlangt, abzutreten gehalten sei; dem ist aber nicht so

fr. 21. de actione vel hereditate vendita. XVIII. 4.

Alle diese Ansprüche hat der Käufer *actione emti* geltend zu machen.

2. Aus dem Obigen ergibt sich leicht, was von dem durch den zweiten Kauf zwischen Reuter und Greif begründeten Rechtsverhältniss zu halten und ob dem ersten Kauf seitens des Lieutenants irgend ein Einfluss auf jenen einzuräumen ist.

Es ist nämlich der Kauf des Pferdes seitens des Müllers Greif als ein durchaus rechtsbeständiger, das zwischen ihm und dem Krüger Reuter begründete Rechtsverhältniss als durch beiderseitige vollständige und gehörige Leistung und Accep-

tation völlig erloschen zu erachten und dem Kauf seitens des Lieutenants Worowsky jedweder Einfluss auf jenes Rechtsverhältniss ganz und gar abzusprechen.

Es ist, was die Eingehung des Kaufes anlangt, allen gesetzlichen Erfordernissen vollkommen genügt worden. Die Contrahenten consentirten über einen in jeder Beziehung bestimmten Gegenstand, befanden sich einander gegenüber durchaus *in bona fide*, und kamen hinsichtlich des *pretii* vollkommen überein. Von einem Irrthum seitens des Käufers darüber, dass die Sache bereits einem Andern versprochen worden, so wie von *dolus* dieserhalb seitens des Verkäufers, kann nicht die Rede sein, da aus jenem Versprechen, wie oben erwähnt, nur eine persönliche Verbindlichkeit resultirte, die für den Bestand des hier in Rede stehenden Vertrages völlig gleichgültig war. Der Verkäufer blieb nach jenem Versprechen noch Eigenthümer der Sache und mithin Inhaber der Vindication; der Anstellung dieser seinerseits stände die Einrede des geschehenen Verkaufs und der Tradition entgegen, während dem ersten Käufer gar kein Rechtsmittel zustand, mittelst dessen er den zweiten Verkauf nach geschehener Tradition anfechten konnte. Es hat also der Verkäufer dem Greif die Sache auch frei von jedem juristischen Mangel und mithin Alles geleistet, was derselbe aus dem Contracte verlangen konnte, daher denn der Greif eben so sehr mit jedem ferneren Anspruch aus dem Contracte, als auf Aufhebung desselben abzuweisen ist.

Dies ist den bekanntesten und feststehendsten Grundsätzen des römischen Rechts so sehr gemäss, dass es nicht erst der Anführung zweier Gesetzesstellen bedürfte, welche unser Resultat speciell bestätigten. Allein einestheils ist die Grundlage unserer Darstellung, dass der blosse Kaufcontract ohne

geschehene Tradition das Eigenthum nicht gewähren könne, nicht immer unbestritten gewesen,

VANGEROW, Pandecten, I. §. 311.

andernteils das Resultat dieser Stellen selbst nicht völlig unzweifelhaft; daher eine nähere Betrachtung derselben nicht überflüssig scheint.

Die erste Stelle ist *est. 15. de R. V. III. 32.*

„*Quoties duobus in solidum (a) praedium jure (b)*
 „*distrahitur, manifesti juris est, eum, cui priori*
 „*traditum est, in detinendo dominio esse potiorum.*
 „*Si igitur antecedente tempore te possessionem emis-*
 „*se, ac pretium exsolvisse apud praesidem provinciae*
 „*probaveris, obtentu non datorum instrumentorum*
 „*expelli te possessione non patietur. Erit sane in*
 „*arbitrio tuo, pretium, quod dedisti, cum usuris re-*
 „*cipere, ita tamen, ut perceptorum fructuum ac*
 „*sumtum ratio habeatur (c), quum, etsi ex causa*
 „*donationis utrique dominium rei vindicetis, eum,*
 „*cui priori possessio soli (d) tradita est, haberi po-*
 „*tiorum convenit.*“

Ich verweise hinsichtlich der Auslegung dieser Stelle zu Gunsten unsres obigen Resultats, der Zweifel, die man gegen eine solche Auslegung erhoben und deren möglicher Widerlegungen im Ganzen auf GLÜCK's Pandecten, XVII. §. 1041. pg. 215 ff. Ich füge nur folgende Bemerkungen hinzu:

a) Die Beziehung der Gesetzesstelle auf den Fall, da die nämliche Sache mehreren Personen ohne Theilung in einem Contract verkauft worden, ist schon deshalb völlig widersinnig, weil durch die Tradition und Besitzergreifung doch kein höheres Recht oder nicht mehr Recht erworben werden kann, als

worauf der Contract, in Folge dessen die Tradition und Besitzesergreifung vor sich gehen, Anspruch geben. Wenn somit der Verkauf, in Folge dessen im vorliegenden Falle des Gesetzes Tradition und Besitzesergreifung eintreten, den sie realisiren sollen, mehreren Personen an derselben Sache einen Anspruch auf *condominium* oder ideelle Antheile gewährt, so kann doch dieselbe Tradition nicht im Gegensatze dazu einem der Käufer das ausschliessliche Eigenthum an der ganzen Sache gewähren!

fr. 4. §. 1. pro emptore XLI. 4.

b) An den Worten „*jure distrahitur*“ Anstoss nehmen, heisst das Resultat, für welches die ganze Gesetzesstelle hier in Anspruch genommen wird, im Voraus in Abrede stellen; dass zweien Personen in verschiedenen Contracten dieselbe Sache „*jure*“, rechtsbeständig, nicht mit subjectivem Recht des Verkäufers, distrahirt werden kann, darum handelt es sich eben; jeder von beiden Contracten ist rechtsbeständig, weil (*quoniam*) jeder nur einen persönlichen Anspruch gewährt, und jeder der beiden Käufer hat den gleichen Anspruch (*in pari causa*).

c) In den Worten „*erit sane in arbitrio tuo, pretium, quod dedisti, recipere*“ scheint der Gesetzgeber dem zweiten Käufer eine Befugniß einzuräumen, nach erfülltem Contracte noch von demselben zurückzutreten zu Gunsten des ersten Käufers. Mit Zustimmung des Verkäufers kann er dies, das versteht sich von selbst; die Befugniß aber eines Contrahenten, gegen den Willen seines Mitcontrahenten auf Aufhebung eines völlig erfüllten und deshalb erloschenen Contractes aus Rücksicht auf das ganz ausserhalb des Contractsverhältnisses liegende Interesse einer dritten Person zu dringen, wäre etwas so Singuläres und Exorbitantes, dass man nur annehmen kann, die Disposition liege hier in den Worten „*cum usuris*“

und „*ita tamen, ut perceptorum fructuum ac sumtum ratio habeatur*“, während die Worte „*erit sane in arbitrio tuo, pretium, quod dedisti, recipere*“ nur die factische Voraussetzung dazu ausdrücken, mithin habe der Gesetzgeber sagen wollen: „Wenn du aber deine Zustimmung giebst, den Verkauf zu Gunsten Deines Nebenbuhlers rückgängig zu machen, so habt ihr euch folgendermassen aus einander zu setzen: Du nimmst die Zinsen in Anspruch, aber etc.“ — Uebrigens deutet der Ausdruck „*recipere*“ wohl auf eine Annahme eher in Folge eines Anerbietens, das freiwillig gemacht worden, als eines durchgesetzten Rechtsanspruches.

Im vorliegenden Falle des Gesetzes ist zwar wegen des *obtentus non datorum instrumentorum* das Contractsverhältniss zwischen dem Verkäufer und dem Besitzer des *praedii* noch nicht ganz erloschen; allein, da dieser Umstand, dass die *instrumenta* noch nicht übergeben, kein zwischen den Contrahenten streitiger ist, ist es für den Gesetzgeber gleichgültig, ob das Contractsverhältniss nur bis auf diesen Umstand oder völlig erledigt ist.

Sollte übrigens in unsrem Falle der Müller Greif aus der *est. 15. cit.* folgern, dass, weil er, wenn er gewusst hätte, das Pferd sei bereits dem Worowsky versprochen, dasselbe hätte zurückgeben und sein *pretium* zurückfordern können, er dies nur in Folge des dolosen Schweigens des Reuter über das Sachverhältniss unterlassen, dadurch sein *pretium* eingebüsst hätte und noch jetzt von ihm Ersatz des durch solchen *dolus* ihm, Greif, verursachten Schadens fordern könne, so würde Reuter ihm darauf mit vollem Recht erwidern, er habe keine andere Verpflichtung gegen ihn gehabt, als welche er im Contracte übernommen, in diesem hätte er sich ganz und gar

nicht verbindlich gemacht, ihm, Greif, eine lediglich das Interesse einer dritten Person berührende Thatsache mitzuthemen, welche auf den Bestand des zwischen ihnen eingegangenen Contracts nicht den mindesten rechtlichen Einfluss gehabt; und endlich, nachdem von beiden Seiten der Contract vollständig erfüllt worden, sei er, Reuter, aller Verpflichtungen gegen ihn ledig geworden.

fr. 11. §. 1. de actt. E. et V.

Hierher gehört endlich noch *est. 3. de evictionibus VIII. 45.* Diese Stelle lautet:

„*Qui rem emit, et post possidet, quamdiu evicta non est, auctorem suum propterea, quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non potest.*“

Hier handelt es sich zwar um eine Sache, die einem Andern eigenthümlich angehört oder ihm verpfändet ist, nicht um eine solche, deren Tradition ihm in einem Kaufcontract versprochen worden; allein wegen des hier zur Anwendung kommenden gemeinsamen Princip, dass das *jus tertii* keinen Klagegrund abgäbe, können wir dreist *a majori* schliessen: Wer trotz drohender Eviction, weil die Sache eine fremde ist, seinen Auctor nicht anfechten kann, kann dieses noch viel weniger, wenn ihm keine Eviction droht, weil die Sache einem Dritten bloß versprochen worden.

d) Das Wort „*soli*“ in dem Schlusssatze der Stelle „*eum, cui priori possessio soli tradita est, haberi potiore convenit*“, — scheint anzudeuten, dass es sich in derselben nicht um die Alternative handle, dem angeredeten Käufer oder dem andern Käufer, sondern darum, ihm und dem andern oder ihm allein das *praedium* zu überlassen; dagegen spricht aber, ausser dem Obenangeführten, dass es ihm

anheimgestellt wird, nicht einen Theil, sondern das ganze von ihm gezahlte *pretium* zurückzunehmen; und dies ist deshalb wichtig, weil, wenn man auch das Unerhörte annähme, dass Jemand, der aus einem Kaufcontracte auf Miteigenthum oder ideellen Antheil Anspruch hätte, doch durch Tradition und Besitzergreifung sofort zum ausschliesslichen Eigenthum an der ganzen Sache gelangen könnte, man doch immer wenigstens von ihm voraussetzen müsste, dass er das ganze *pretium*, nicht bloß seinen contractlichen Antheil gezahlt habe.

est. 2. pro socio IV. 37.

Die zweite Gesetzesstelle ist *est. 6. de hereditate vel actione vendita IV. 39.*

„*Qui tibi hereditatem vendidit, ante, quam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit, ex emto actione conventus quanti tua interest, praestare cogitur.*“

Diese Stelle kann im Ganzen nicht als Beleg für den Satz angeführt werden, dass der Eigenthümer und *debitor* einer *species* vor Tradition derselben sie mit rechtlichem Erfolge einem Dritten verkaufen und tradiren könne, denn der *debitor* einer Erbschaft als einer *universitas juris* ist wohl schwerlich als *debitor* hinsichtlich jeder *species*, die zur Zeit zur Erbschaft gehört, anzusehen, vielmehr dürften hinsichtlich des Verkaufs derselben ganz andre Grundsätze, als hinsichtlich einer geschuldeten *res singularis* zur Anwendung kommen.

Glück, Pandecten, XVI. §. 1014. pg. 332 ff. *fr. 21.*

de hereditate vel actione vendita.

Dagegen muss allerdings der in *est. 6. cit.* enthaltene Schluss „*dominus perseveravit et ideo dominium transferre potuit*“,

in seinen Folgerungen unserem Resultate zu Gunsten ausgelegt werden.

3. Die Ansprüche des Lieutenants Worowsky gegen den Krüger Reuter, nachdem sich herausgestellt, dass der letztere das verkaufte Pferd zu tradiren nicht im Stande sei, und der Einfluss des zweiten Kaufes seitens des Greif auf dieses Rechtsverhältniss.

Die Frage nach jenen Ansprüchen ist im Allgemeinen leicht zu beantworten. Wir wissen, dass der Verkäufer Reuter zu einer solchen *custodia* der verkauften Sache verpflichtet war, dass ihn auch die geringste Vernachlässigung für allen daraus entstehenden Schaden verantwortlich machte, dass lediglich ein unausweichlicher Zufall, eine unwiderstehliche Gewalt, wenn dadurch der Untergang der Sache herbeigeführt worden, ihn von dem Ersatze des Werths und Interesse derselben befreien konnten. Diese so bekannten Grundsätze der gemeinrechtlichen Theorie finden ihre Bestätigung besonders in folgenden beiden Stellen:

fr. 2. §. 1. fr. 3. de peric. et comm. rei vend.
XVIII. 6., die letzte Stelle besonders in Verbindung mit *fr. 1. §. 4. de O. et A.*

Glück, Pandecten, XVI. §. 984.

Ferner genügt es zur Unverantwortlichkeit des Verkäufers nicht, wenn nachgewiesen wird, dass die Wirkung jener Ursache, welche den Untergang der Sache herbeiführte, eine unabwendbare, dass jene Ursache eine unwiderstehliche Gewalt war; sondern der Verkäufer muss auch frei von dem Vorwurfe sein, die Sache in ein Verhältniss, an einen Ort, in eine Lage gebracht zu haben, wo jene Ursache wirken konnte,

während sie unter andern Verhältnissen der Sache nicht gewirkt hätte.

§. 2. *I. quibus modis re contrahitur obligatio.*

III. 14.

fr. 1. §. 4. de O. et A.

Dies auf unsern Fall angewendet, so durfte nicht allein die Behandlung des Pferdes den Tod desselben nicht herbeigeführt haben, sondern es durfte, wenn der Verkäufer von aller Schuld frei sein sollte, auch dort, wo es erkrankte, nicht mehr der Seuche ausgesetzt sein, als sonst im Bereiche seines rechtlichen Willens. Auch für diese Consequenz hatte Reuter sich vorgesehen. Er wies ein gerichtliches Protokoll auf, welches durch die darin aufgenommenen Zeugenaussagen bewies, wie das Pferd der besten Fütterung und Wartung, des gesunden Stalles theilhaftig, wie es nicht übermässig angestrengt und vor jeder Berührung mit kranken Pferden und jeder Annäherung an einen Ort, wo die Seuche wüthete, sorgfältigst gehütet worden; er brachte das Zeugniß des Veterinairarztes, der die Legalsection vorgenommen, darüber bei, dass das Pferd durchaus fehlerfrei und im Stalle des Verkäufers Reuter nicht weniger der Seuche ausgesetzt gewesen, demnach also, so weit die Einsicht Sachverständiger reiche, durchaus und ohne Beschränkung einem Zufalle das Fallen des Pferdes zuzuschreiben wäre.

Nachdem wir gesehen, dass die Willensrichtung des Reuter, welche sie auch gewesen sein mag, als er das Pferd dem Greif verkaufte und übergab, und der Tod des Thieres nicht im Causalzusammenhang stehen, brauchen wir uns nur einen Grundsatz über die Prästation der *culpa* und den darauf gehenden Theil des vorliegenden Contractsverhältnisses zu ver-

gegenwärtigen, um zum Resultat zu gelangen. Dieser Grundsatz ist, dass im System des Privatrechts lediglich von Ersatz des durch die in Handlung übergegangene widerrechtliche Willensstimmung verursachten Schadens, er bestehe in Vernichtung eines bereits vorhandenen Werthes oder in Entziehung eines zu erwartenden Gewinnes, nicht aber von einer Strafe für jene widerrechtliche Willensstimmung die Rede sein kann. Hinsichtlich der *culpa* im engeren Sinne kann dies schon deshalb nicht zweifelhaft sein, weil sie ihrem Begriff nach einen beschädigenden Erfolg voraussetzt, und ist auch nie bezweifelt worden. Aber auch hinsichtlich des *dolus* darf dies nicht bezweifelt werden; dies beweisen nicht nur zahllose Stellen des *Corpus juris*, die ganze betreffende Terminologie, sondern auch die Stellung der Lehre im System des Privatrechts, seinem Begriffe nach, die Stellung in der Lehre vom Schaden, *de damno*, der Gegensatz zum *periculum* in seiner rechtlichen Bedeutung, die Stellung in der Stufenleiter der *culpa* als höchster Grad und endlich die Gleichsetzung des *dolus* und der *culpa lata*.

GöSCHEN, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht,

II. 2. §. 389. §. 602.

Zwar hat es allerdings nicht an der Meinung gefehlt, dass auch im System des Privatrechts die Præstation des *dolus* vom Standpunkt des Delicts zu betrachten sei,

VANGEROW, Pandecten, III. §. 571. Anm. 4. IV.

allein dies beweist eben nicht mehr, als dass nichts so irrtümlich ist, dass es nicht einmal geglaubt werde, und bedarf hier der Widerlegung nicht. Den *dolus* leisten, prästiren, oder, da in Obligationsverhältnissen jede Leistung auf Geld muss reducirt werden können, bezahlen, bedeutet also nichts

Anderes, als in des Beschädigten Vermögen wieder hineinbringen, was aus demselben durch den *dolus* oder die *culpa* abhanden gekommen ist und ohne dieselben nicht abhanden gekommen wäre. Daraus folgt aber mit grösster Sicherheit: Wo nachgewiesen wird, dass ungeachtet des Daseins der dolosen Willensstimmung nichts aus dem Vermögen des Beschädigten abhanden gekommen ist, was nicht auch ohne dieselbe abhanden gekommen wäre, da kann auch von Leistung des *dolus* nicht die Rede sein. Neuerdings ist dieser Satz für eine specielle Form der *culpa*, die *mora*, unter Anderen auch von MADAI, wieder in Abrede gestellt worden, was ich deshalb anführe, weil jener Grundsatz eben nicht auf die *mora* zu beschränken, sondern auf jede *culpa* auszudehnen ist.

VANGEROW, Pandecten, III. §. 588. Anm. 3.

Bedenken wir nur noch, dass der Reuter aus dem Contracte mit Worowsky demselben für den zufälligen Untergang der Sache nicht zu haften braucht, sondern, falls er das Pferd zu tradiren nicht im Stande sein sollte, Werth und Interesse zu bezahlen, sofern er ohne sein Verschulden zu tradiren im Stande gewesen wäre, übernommen, ferner, dass aus dem Obigen ersichtlich, wie auch, wenn der Reuter nicht doloser Weise dem Greif das Pferd verkauft und tradirt hätte, dasselbe umgekommen wäre, mithin durch solchen *dolus* des Reuter nichts aus dem Vermögen des Worowsky abhanden gekommen, so können wir nicht umhin, als Resultat auszusprechen,

„dass Worowsky mit jeglichem ferneren Anspruche aus „dem mit Reuter geschlossenen Contracte ab und zur Ruhe „zu verweisen sei.“

Soweit wäre die Sache recht einfach. Fühlen wir uns aber durch das Resultat befriedigt, können wir uns befriedigt füh-

len? Ich glaube nicht. Und zwar deshalb nicht, weil unser Rechtsgefühl unabweislich fordert, dass Niemand durch eine dolose Handlung gewinnen dürfe, worin wir auch mit dem positiven Recht übereinstimmen „*nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*“, heisst es in *fr. 134. §. 1. de R. I.* und doch scheint das Civilrecht noch keine vollständige Garantie für die Realisirung solchen Grundsatzes zu bieten! Auf der andern Seite kann dieser Grundsatz in unserem Falle nicht die Consequenz haben, dass dem Worowsky etwas zugesprochen werde, da unser Rechtsgefühl und das positive Recht gleichermassen den entgegenstehenden Grundsatz anerkennen müssen, dass Niemand durch den *dolus* seines Gegners gewinnen solle, was er ohne denselben nicht gewonnen hätte. „*Sicut aequum est, bonae fidei emptori alterius dolum non nocere, ita non est aequum, eidem personae venditoris sui dolum prodesse*“, sagt *fr. 37. de actt. E. et V.* Was bleibt nun in diesem Dilemma, welches zugleich das eigenthümliche Interesse unseres Rechtsfalls ausmacht und die Wahl desselben rechtfertigt, übrig? Etwa, anzuerkennen, dass das Privatrecht alles Unrecht auszugleichen nicht im Stande ist, und uns an den Strafrichter zu wenden, um durch dessen Mitwirkung eine Befriedigung unseres Rechtsgefühles zu erlangen? Allein stehen ihm wirklich auch entsprechende Mittel zu Gebot? Was das gemeine Recht anlangt, so ist es vielleicht noch zweifelhaft, ob unser doloser Verkäufer von einem Strafgesetze betroffen wird, und wir dürfen an die Auslegung des zweifelhaften Gesetzes nicht mit dem Vorurtheil gehen, es müsse deshalb auf unsern Fall auszudehnen sein, weil sonst ein Unrecht ungetilgt bliebe. Jedenfalls ist die hierher gehörige Strafe des gemeinen Rechts arbiträr und

wenn wir auch auf Grundlage des gemeinrechtlichen Strafgesetzes dem Reuter ein Uebel zufügen können, so fragt es sich doch noch, ob wir ihm seinen widerrechtlich erworbenen Gewinn nehmen können. Oder ist es vielleicht als Grundsatz anzuerkennen, dass beim Vorhandensein eines solchen widerrechtlich erworbenen Gewinnes neben der zu erkennenden Strafe die Entziehung desselben hergehen müsse.

Auch das Resultat des provinziellen Strafrechts dürfte ein sehr zweifelhaftes sein. Als ausschliessliche Strafrechtsquelle gilt in dieser Provinz nummehr das russische Strafgesetzbuch von 1845, welches in seiner einzig hierher gehörigen Bestimmung, wissenschaftlich ausgelegt, den doppelten Verkauf einer beweglichen Sache schwerlich umfasst, dem Wortsinne nach aber angewendet, eine Entscheidung trifft, welche russische privatrechtliche Grundsätze zur Voraussetzung hat, und daher für unsre, von denselben verschiedenen privatrechtlichen Verhältnisse zu einem völlig ungereimten, nämlich dem Resultate führt, dass dem Müller Greif der von ihm an den Reuter gezahlte Kaufpreis restituirt werden müsse.

Auch der Lieutenant Worowsky, obwohl er allerdings einsah, dass er durch den zweiten Verkauf des Pferdes nichts verloren hätte, fühlte doch eine stille Wuth darüber, dass der „Schuft“, der Reuter, dadurch gewinnen und seinen „schnöden Gewinn“ behalten sollte. Er machte es sich zu einer Ehrensache, ihm denselben ganz oder zum Theil abzunehmen. Er wandte sich deshalb an verschiedene Sachwalter und forderte von ihnen Gutachten darüber, wie dem Reuter beizukommen sei. Er erhielt solche auch. Sie liegen vor mir und ich gebe sie hier im Auszuge, indem ich jedem derselben, sofern ich nicht mit ihm übereinstimme, meine Gegengründe beifüge.

Eines derselben, das letzte, hat viel Schein für sich, genauere Betrachtung lehrt jedoch, dass es nicht nur ein ausdrückliches Gesetz gegen sich hat, sondern auch auf einen mit dem Rechtsgefühle unvereinbaren Grundsatz zurückführt, der nur zufällig *in casu* zum Nachtheil des dolosen Theils ausfällt, dagegen aber wieder dem Gegner des letztern einen unverdienten Gewinn zuführt.

Das erste Gutachten geht dahin, dass aus den Verhandlungen, die der Müller Greif vor dem Abschlusse des Kaufes zwischen Worowsky und Reuter wegen des Pferdes gepflogen, im Zusammenhange mit dem später wirklich erfolgten zweiten Verkaufe wahrscheinlich werde, wie der Reuter bereits bei Eingehung des Contractes mit Worowsky die Absicht gehabt, das Pferd bei einem bessern Bot später anderweitig zu verkaufen. Wenn er diese Absicht, welche die Aussicht des Lieutenants, seinen Zweck durch den Contract zu erreichen, gefährdete, nicht doloser Weise verschwiegen hätte, so hätte Worowsky, der ihm solche Absicht nicht zutragen konnte, von der Eingehung des Contracts abzustehen sich veranlasst gesehen und dadurch sein nunmehr eingebüsstes Kaufgeld lucrirt. Sofern Reuter daher nicht eidlich erhärten könne, dass er eine solche Absicht bei Eingehung des Contractes mit Worowsky nicht gehabt, sei er zur Wiedererstattung des Kaufgeldes nebst Zinsen *a dato* des Empfanges an Worowsky zu verurtheilen.

Dagegen wäre aber einzuwenden, dass die abstracte Gesinnung, die blosser Absicht, für das Rechtsgebiet etwas schlechthin Gleichgültiges ist, dass sie erst dann von rechtlichem Interesse ist, wenn sie sich im Causalnexus mit der realen Ordnung darstellt. Die Absicht des Reuter, das Pferd

bei besserem Bot anderweitig zu verkaufen, ihr Bestehen auch vorausgesetzt, zeigt sich im vorliegenden Falle erst bei Eingehung des Vertrages mit Greif als ein *movens*, als wirkende Kraft, und ist bis dahin daher auch für den Bestand des Worowskyschen Contracts durchaus gleichgültig, mithin für Reuter keine Rechtspflicht vorhanden, von ihrem Bestehen dem Worowsky Mittheilung zu machen.

Ferner, der Eventualität, statt der Sache entweder Werth und Interesse, oder gar nichts für seinen Kaufpreis zu erhalten, setzt sich jeder Käufer, der nicht ausdrücklich das Gegentheil ausmacht, durch die Abhängigkeit von der Redlichkeit des Gegners und dessen Sorgfalt, in die er sich freiwillig versetzt, und die Uebernahme des *periculi* aus, also auch Worowsky, der es sich selbst heizumessen hat, wenn er bei Eingehung des Contractes mit Reuter dessen *dolus* nicht als möglich in Betracht zog.

Uebrigens dürfte wohl von Niemandem bezweifelt werden, dass, wenn von Seiten Reuters die beregte Absicht gar nicht, oder doch ohne Nachtheil für den ersten Käufer, indem er etwa diesem trotz einem zweiten Kaufcontract, die Sache tradirte, realisirt worden wäre, daraus, aus der Absicht und dem zweiten Kauf nämlich, keine Befugniss, die Auflösung des Contracts zu fordern, folgen würde, während die Absicht in diesem Falle doch ganz dieselbe wäre, als welche sie vom Standpunkte des obigen Gutachtens erscheint. Damit ist die Unhaltbarkeit desselben aber schon ausgesprochen.

Endlich kann es auch keine Ausgleichung des Unrechts sein, wenn dem Reuter sein Gewinn aus irgend einem andern Grunde, als eben des Unrechts wegen, entzogen wird; eben so wenig, wenn er, der Wahrheit gemäss, oder nicht, beschwört,

jene Absicht bei Eingehung des Contractes mit Worowsky nicht gehabt zu haben; da dann der später eingetretene und realisirte *dolus* doch ungesühnt bleiben würde.

Das zweite Gutachten folgert aus dem Eingehen des zweiten Kaufes den Consens des Verkäufers zur Aufhebung des ersten; wäre davon, wie es der *bona fides* gemäss, der erste Käufer sofort unterrichtet worden, so hätte er seinen Consens gleichfalls erklärt, und da der Contract nunmehr durch *mutuus dissensus* rückgängig geworden, ein Recht auf Rückforderung der bereits geleisteten Hälfte des *pretii* und Liberirung von der Leistung der zweiten Hälfte erlangt, das später durch den *casus*, der das Pferd betroffen, nicht mehr alterirt werden konnte. Er fordere daher das gezahlte Kaufgeld zurück.

Glück, XVII. §. 1027. *i. f.*

Allein, wenn man auch zugeben mag, dass der Consens zur Aufhebung des Contracts stillschweigend erklärt werden könne, so kann dies doch niemals von Seiten eines Contrahenten *a tergo* des andern geschehen, da dies eben gar keine Erklärung wäre, der Grund der Zulässigkeit der stillschweigenden Erklärung vielmehr in der gegenseitigen Acceptation von Handlungen liegt, welche jenen Consens als einen gegenseitigen und deshalb unstrittigen erscheinen lassen. Liegt mithin kein *factum* vor, woraus der Consens des Verkäufers zur Aufhebung des Contractsverhältnisses mit dem ersten Käufer gefolgert werden kann, so fällt die wesentliche Voraussetzung des obigen Gutachtens weg.

Ein drittes Gutachten behauptet, da der Verkäufer in dem zweiten Verkauf seinen *dolus* im Verhältniss zum ersten Käufer manifestirt, sei für diesen von jenem Moment an ein Recht, die Aufhebung solchen Verhältnisses zu verlangen, entsprun-

gen, von dem er nur durch die Schuld des Verkäufers nicht früher hätte Gebrauch machen können, und welches durch spätere Vorfälle nicht hätte alterirt werden können. Er verlange daher jetzo die Aufhebung des Kaufes und die Zurückerstattung des Kaufpreises.

Die Eventualität aber, Ersatz des Werthes und das Interesse der Sache statt dieser selbst zu erhalten, war für den Käufer, wie oben erwähnt, schon bei Eingehung des Contracts vorhanden; ihr setzt sich besonders derjenige Käufer aus, welcher die gekaufte Sache nicht sofort tradirt erhalten will; an dieser Eventualität wird durch den zweiten Verkauf, welcher überdies die Lieferung der Sache selbst dem Verkäufer nur erschwert, nicht unmöglich macht, nichts verändert; was den Käufer nicht abhielt, den Kauf einzugehen, kann ihn auch nicht berechtigen, die Aufhebung desselben zu verlangen; im vorliegenden Falle bleibt der Verkäufer ihm ja auch immer noch zur Leistung von Werth und Interesse verpflichtet. Die *actio redhibitoria* kann man nicht für das Gegentheil anführen, weil hier die Kenntniss der Mängel der Sache nachträglich eintritt, eben so wenig die *laesio enormis*, weil, abgesehen davon, dass es noch sehr bestritten ist, ob der Contrahent im Kaufcontract, welcher weiss, dass er enorm lädirt werde und dennoch contrahirt, den Contract nachträglich anstreiten dürfe, die Aufhebung des Kaufcontracts wegen *laesio enormis* überhaupt aus äussern Gründen und singulärer Weise vor sich geht, auch der *laedens* durch Nachzahlung des am *justum pretium* mangelnden Theils die Aufhebung verhindern kann.

VANGEROW, Pandecten, III. §. 611. Anm. *sub* IV und VI.

Das vierte Gutachten ging davon aus, dass, nachdem der Verkäufer einmal seine Pflicht verletzt und das verkaufte Pferd

durch den zweiten Verkauf und die Tradition aus seiner *custodia* entlassen, er nie den Beweis zu führen im Stande sei, dass er den Tod desselben nicht schuldhafter Weise veranlasst hätte, denn es könne nie Gewissheit darüber erlangt werden, ob das Pferd wirklich in seiner *custodia* auch krepirt wäre. Deshalb sei der Verkäufer auf alle Fälle zum Ersatze des Werthes und des Interesses zu verurtheilen. Allein die Pflicht der *custodia* kann begreiflicher Weise nicht darin bestehen, dass der Verkäufer unausgesetzt bei dem Pferde verweilen und in eigner Person dessen Erhaltung bewachen muss; er hat nur diejenigen Veranstaltungen zu treffen, welche als die geeignetsten zur Erhaltung erscheinen, ganz abgesehen von der Beziehung auf seine Person; er konnte das Pferd zur Wartung und Pflege auch dritten Personen übergeben und musste nur für allen etwa daraus entstehenden Nachtheil eintreten. Hatte er aber einmal das Recht, das Pferd dritten Personen zur Wartung und Pflege zu überlassen, so kommt für den Standpunkt des obigen Gutachtens nichts darauf an, auf welchen Rechtsgrund hin das geschah. Was aber den Beweis der Nichtenlpa anlangt, so ist er allerdings nicht mit apodictischer Sicherheit zu führen, wie jeder historische Beweis; allein es kann nur darauf ankommen, die möglichste Gewissheit zu erlangen, und diese ist als erreicht anzusehen durch das direct auf den hier fraglichen Umstand, ob das Pferd in seiner, des Verkäufers, unmittelbarer, *custodia* der Gefahr der Seuche mehr oder minder ausgesetzt gewesen gehende Gutachten als Sachverständiger competenten Autoritäten.

Das fünfte Gutachten behauptet, nachdem der Verkäufer das Pferd zum zweiten Male verkauft und darnach die Tradition desselben nicht mehr Gegenstand seiner Willkühr war,

sei an die Stelle der Pflicht, das Pferd zu liefern, die Verbindlichkeit, Werth und Interesse zu prästiren, getreten. Das Pferd selbst sei gänzlich aus dem Spiel getreten, und für jene also veränderte Verbindlichkeit der zufällige Untergang desselben ganz gleichgültig. Der Verkäufer sei in den Ersatz des Werths und Interesse zu verurtheilen.

Der Verkäufer hatte aber im Contracte nichts Anderes übernommen, als die Leistung der Sache und accessorisch, wenn er sie schuldhafter Weise nicht leisten könnte, deren Werth und Interesse. Der Anspruch auf diese letzteren kann nicht älter sein, als der auf die Tradition des Pferdes, und dieser war für den Käufer erst da, nachdem er das Kaufgeld vollständig gezahlt. Wenn nun der Verkäufer jetzt die Sache nicht leisten konnte, so war es an ihm, entweder den Beweis seiner Schuldlosigkeit zu führen oder Werth und Interesse zu bezahlen. Jenen Beweis hat der Verkäufer geführt und ist deshalb von der in Anspruch genommenen Verbindlichkeit zu liberiren.

Uebrigens war durch den zweiten Verkauf die Leistung des Pferdes nur erschwert, nicht unmöglich gemacht; um so weniger kann behauptet werden, dass diese Leistungspflicht aus dem Spiel getreten sei. Auch wird wohl Niemand bezweifeln, dass, wenn der Verkäufer dem ersten Käufer die Sache tradirt hätte, dieser, wenngleich sie mittlerweile anderweitig veräußert gewesen wäre, weiter keine Ansprüche an ihn machen und nicht etwa deshalb die Acceptation verweigern und statt der Sache Werth und Interesse fordern durfte. Wer aber das nicht bezweifelt, muss auch zugeben, dass die Verpflichtung Werth und Interesse zu leisten, erst dann ins Spiel tritt, wenn sich herausgestellt, dass der Verkäufer schuldhafter Weise die Sache nicht geleistet.

Das sechste und letzte Gutachten nimmt für Worowsky das dem Reuter von dem Müller Greif für das gekaufte Pferd gezahlte Kaufgeld von 60 Rbl. S. M. in Anspruch. Zwar sei nach der Perfection des Kaufes, aber vor Uebergabe der Sache und Befriedigung wegen des Kaufgeldes der Käufer allerdings noch nicht Eigenthümer der gekauften Sache, sondern immer noch der Verkäufer. Allein das Eigenthum werde von diesem im Interesse des Käufers ausgeübt, die Sache gänzlich in seinem Interesse verwaltet. Sofern diese Verwaltung vortheilhaft sei, komme sie dem Käufer zu gut; sofern sie nachtheilig sei, hafte ihm der Verkäufer für jegliche *culpa*; alles, was durch die Sache an dieser gewonnen werde, gehöre dem Käufer; alles, was mit der Sache vorgenommen werde, sofern es vortheilhaft, komme ihm zu gut. Der Verkäufer sei mit einem Worte in Bezug auf Verwaltung der Sache als *negotiorum gestor* des Käufers anzusehen. Dies folge Alles daraus, dass der Käufer einerseits das *periculum rei* trage, andererseits ihm aber auch das *commodum rei* gehöre, worunter zwar allerdings zunächst nur das zu verstehen sei, was ohne ausserordentliche Veranstaltung seitens des Verkäufers durch die Sache selbst erzeugt, sich als an ihr haftend darstelle; im Princip sei aber auch das *pretium*, welches der Verkäufer für die Sache erhalten, wenn er sie mit Vortheil anderweitig veräußert, als *commodum rei* anzusehen. Dafür spräche besonders, dass der Verkäufer, wenn er die Sache durch Zufall verlöre, zur Wiedererlangung derselben oder zum Ersatz für dieselbe aber Klagen nachbehielte, diese dem Käufer abzutreten gehalten sei.

Allein, dass der Verkäufer als *negotiorum gestor* des Käufers anzusehen sei, ist durch nichts bewiesen; im Gegentheil, aus dieser Annahme würde für ihn eine Freiheit in der

Behandlung der Sache folgen, die mit der Verpflichtung, für jede *culpa* hinsichtlich des Verlustes der Sache einzustehen, nicht in Einklang zu bringen wäre, die der unbedingten Pflicht der Tradition, mithin dem Contract selber, widersprechen würde. Die Annahme würde unter Anderem z. B. der wesentlichen Voraussetzung jeder *negot. gestio*, dass der *negotiorum gestor* sich den Geschäftsherrn obligiren wolle, widersprechen. Ferner darf der *negotiorum gestor* nicht aus Gewinnsucht und blos um seines Vortheiles willen die Geschäfte übernommen haben und hat sogar in solchem Falle gegen den Geschäftsherrn eine Klage auf das, wodurch derselbe reicher geworden ist. *fr. 6. §. 3. de negot. gestis III. 5.*

Vgl. überhaupt: VANGEROW, Pandecten, III. §. 664.

GLÜCK, V. §. 415 ff.

Eine specielle Verpflichtung, das *pretium*, welches er bei dem zweiten Verkauf der Sache erhalten, zu bezahlen, ist auch nicht nachweisbar, schon, weil ein solcher Verkauf als unzulässig nicht vorausgesetzt werden darf. Die Extension des Begriffs „*commodum*“ auf dieses *pretium* ist eben so wenig zulässig, wie die Folgerung aus der Abtretung der Klagen bei dem zufälligen Verlust der Sache. Denn wie das *commodum* ein Product der Sache, so ist die Erlangung jener Klagen ein Product eines dem Käufer wie dem Verkäufer gegenüber sachlichen Verhältnisses, nämlich des ohne Schuld beider, aber durch die Schuld Dritter, woraus eben die Klagen entspringen, erfolgten Verlustes der Sache, und die Abtretung der Klagen wie die Auslieferung desjenigen, was von der Sache selbst übrig geblieben ist, anzusehen.

Diese Bemerkungen haben einen speciellen Beleg in einer ausdrücklich auf einen Fall, wie den unsrigen gehenden ge-

setzlichen Entscheidung. Das *fr. 21. de act. vel hereditate vendita, XVIII, 4.* lautet:

„*Venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit; quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat; nam bis uti, que non committitur stipulatio, ut et rem, et pretium debeat. Et quidem si, posteaquam rem vendidit, heres, intercessit stipulatio, credimus, pretium in stipulationem venisse, quodsi antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debebit. Si ergo hominem vendiderit, et is decesserit, an pretium ejusdem debeat — non enim deberet Stichus promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset —? Sed ubi hereditatem vendidi, et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium ejus agam*)*, quam hereditatis. Sed hoc in re singulari non potest credi; nam si eundem hominem tibi vendidero, et necdum tradito eo alii quoque vendidero, pretiumque accepero, mortuo eo, videamus,

*) Einen kleinen kritischen Apparat zu diesen der Emendation bedürftigen Worten giebt SMALLENBURG *ad Schultingii notas ad Digesta Tom. III, p. 452.* (s. auch GLÜCK a. a. O. pag. 335. not. 98.) Die KRIEGLsche Ausgabe hat: *ut negotium ejus potius agam, quam hereditatis.* Vielleicht ist zu lesen: *ut negotium emptoris agam, quam hereditatis*, wogegen sprachlich wohl nichts eingewendet werden kann, denn *magis* oder *potius* ist auch an anderen Stellen vor *quam* ausgelassen, s. ANT. AUGUSTINI *emendationes et opiniones IV, 8.* DIRKSEN'S *Manuale s. v. quam*, wo unsere Stelle nicht fehlt. Den Abschreibern mochte aber dieser ungewöhnlichere Sprachgebrauch unbekannt sein und es konnte dann aus *emptoris* leicht *ejus* wie *potius*, das in der *Flor.* sich nicht findet, entstehen. Es ist auch im *fr. 2. §. 6. de judiciis* und *fr. 7. pr. de positi* von den Abschreibern ein *magis* eingeschoben.

„*ne nihil tibi debeam ex emto, quoniam moram in tradendo non feci; pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur; et sic fit, quasi alii non vendidissem; tibi enim rem debebam, non actionem. At quum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut, si quid tanquam heres feci, id praestem emtori, quasi illius negotium agam; quemadmodum fundi venditor fructus praestet bonae fidei ratione, quamvis, si neglexisset ut alienum, nihil ei imputari possit, nisi si culpa ejus argueretur. Quid, si rem, quam vendidi alio possidente, petii et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo, an rem? Utique rem, non enim actiones ei, sed rem praestare debeo. Et si vi dejectus, vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emtorem pertinebit; nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem, et sic aestimationem quoque, nam et aream tradere debet exusto aedificio.“*

Deutsch lässt sich dieses Fragment so wiedergeben:

„Ein Verkäufer einer Erbschaft unter Anwendung einer Stipulation verkaufte eine Erbschaftssache nach Erlangung derselben an einen Dritten. Es fragt sich, was er aus der Stipulation zu leisten habe, denn zweifach ist die Stipulation gewiss nicht verwirkt, so dass er sowohl die Sache, als deren Preis schuldig wäre. Wenn nun, nachdem er die Sache verkauft, die Stipulation eintrat, so ist, glauben wir, der Preis Gegenstand der Stipulation geworden; war aber die Stipulation vorangegangen, und nachher erlangte er die Sache, so wird er diese schuldig

„sein. Wenn er daher einen Sklaven verkauft hat, und „derselbe mit Tode abging, schuldet er da wohl den Preis „derselben? Ja, denn der, welcher den Stichus zu leisten „versprochen, würde ihn zu leisten nicht schuldig sein, „nachdem er ihn verkauft, wenn er gestorben, ohne dass „eine *mora* vorhergegangen; allein wo ich eine Erbschaft „verkauft habe und nachher eine Sache aus derselben „verkauft, kann es so angesehen werden, als ob ich die „Geschäfte desselben (des Käufers), nicht die der Erb- „schaft führe. Dies kann aber bei einer Einzelsache nicht „angenommen werden. Denn wenn ich einen und densel- „ben Menschen Dir und noch vor der Tradition einem „Andern verkauft und das *pretium* empfangen habe, so „wollen wir doch sehen, ob ich, wenn der Sklave gestor- „ben, Dir aus dem Kaufe etwas schulde, ungeachtet ich „mich keiner *mora* hinsichtlich der Tradition schuldig „gemacht, denn der Preis für den verkauften Menschen „wird nicht von der Sache, sondern durch den Handel „erlangt, und es bleibt so, als ob ich einem Andern nicht „verkauft hätte, denn Dir war ich die Sache, aber nicht „die Klage schuldig. Wenn aber eine Erbschaft verkauft „wird, so ist es anzusehen, als ob stillschweigend abge- „macht wird; dass ich dem Käufer leisten müsse, was „ich als Erbe eingebracht habe, so als ob ich seine Ge- „schäfte geführt, gleich wie der Verkäufer eines Grund- „stückes aus dem Grunde des guten Glaubens die Früchte „leisten würde, ungeachtet ihm nichts angerechnet werden „könnte, wenn er dasselbe wie ein fremdes vernachlässigt „hätte, wenn ihm nämlich keine Schuld nachgewiesen „würde. Wie denn, wenn ich eine Sache, welche ich

„verkauft, während ein Anderer sie besass, in Anspruch „genommen und die Streitwürderung erhalten habe? „schulde ich jenem den Preis oder die Sache? Gewiss „die Sache; denn ich bin ihm nicht die Klage, sondern „die Sache zu leisten schuldig. Wenn ich aber gewalt- „sam des Besitzes entsetzt, oder zufolge der Diebstahls- „klage das Doppelte davongetragen, so wird nichts davon „dem Käufer gehören; denn wenn der Verkäufer ohne „seine Schuld zu detiniren aufgehört, so wird er die Kla- „gen, nicht die Sache, abzutreten schuldig sein, und da- „mit auch die Würderung, denn er muss auch nach ab- „gebranntem Gebäude den leeren Grund übergeben.“

Wir ersehen aus dieser Stelle:

a) dass der Verkäufer einer *res singularis*, der dieselbe vor der Tradition abermals veräussert, in Bezug darauf nicht als *negotiorum gestor* des ersten Käufers zu betrachten ist;

b) dass er ihm das Kaufgeld, welches er vom zweiten Käufer erhalten, auszuantworten nicht gehalten ist;

c) dass die Beurtheilung der Verbindlichkeit des Verkäufers von dem Moment zu beginnen hat, wo er tradiren soll (*quoniam moram in tradendo non feci*);

d) dass der Grund der Befreiung des Verkäufers von der Ausantwortung des erhaltenen *pretii* darin zu suchen ist, dass dies *pretium* nicht durch die Sache selbst erzeugt (*non ex re*), sondern durch seine Willkühr gewonnen ist; während das *pretium* der aus der Erbschaft verkauften Sache wie von dieser Erbschaft erzeugt angesehen wird (*pretium succedit in locum rei*);

e) dass die nach schuldlosem Verlust der Sache dem Käufer abzutretenden Klagen wie übriggebliebene Theile der

Sache behandelt werden (*nam et arcam tradere debet exusto aedificio*).

vgl. GLÜCK, XVI. §. 1014. pg. 332 ff.

Der Auslegung dieser Stelle stellt sich aber manche Schwierigkeit entgegen. Abgesehen von der zweifelhaften Construction der Worte „*ex hereditate*“ im Eingange, bleibt schon gleich Anfangs ungewiss, von welcher „*stipulatio*“ die Rede ist, oder, was hier dasselbe sagen will, was Gegenstand dieser Stipulation gewesen sein soll. Es ist indess am richtigsten mit der Glosse anzunehmen, dass dieselbe die Verpflichtung des Erben zum Gegenstand gehabt, das, was er, der Verkäufer, noch an Erbschaftssachen erhalten werde, dem Käufer aushändigen zu wollen, denn abgesehen von dem Ausdrucke „*interposita*“, der auf eine Nebenabmachung zu deuten scheint, spricht für diese Auslegung auch die später gestellte Alternative, ob die Stipulation dem Verkauf der Sache vorhergegangen oder nachgefolgt, da von letzterer Eventualität bei einer andern Bedeutung der Stipulation nicht wohl die Rede sein konnte.

Eine fernere Schwierigkeit entsteht daraus, dass die Frage „*si ergo hominem vendiderit, et is decesserit, an pretium ejusdem debeat?*“ unbeantwortet bleibt. Allem zuvor muss hier darauf hingewiesen werden, dass das Wort „*ergo*“ den innern Zusammenhang mit den vorhergehenden Sätzen anzeigt und aus diesen zu „*vendiderit*“ *heres* als Subject zu suppliren, demnach die Frage vollständig so zu fassen ist: „wenn also der Erbe aus der verkauften Erbschaft einer dritten Person einen zur Erbschaft gehörigen Sklaven verkauft und dieser stirbt, ist er gehalten, dem Käufer der Erbschaft den für den Sklaven erhaltenen Preis auszuantworten?“ Diese Frage ist nun unbedenklich zu bejahen, wie sich aus dem weiteren

Verlauf der Stelle ergibt; da hier der entschiedene Gegensatz zwischen dem Verkauf einer Einzelsache und dem Verkauf einer Sache aus der Erbschaft als *universitas juris* ausgedrückt werden soll, für den ersteren Fall, den Verkauf der Einzelsache aber die Verpflichtung zur Ausantwortung des *pretii* entschieden in Abrede gestellt wird. Die beiden folgenden Sätze nun, mit „*non enim*“ und „*sed*“ eingeführt, drücken nicht coordinirte Gründe für dieselbe Behauptung aus, sondern sind einander entgegengesetzt und enthalten folgenden Gedankengang: „Zwar könnte es scheinen, dass der Erbe zur Ausantwortung des *pretii* nicht verpflichtet sei, da ja der Verkäufer einer Sache durch den zufälligen Untergang derselben von der Leistung derselben liberirt wird, wenn ihm keine *mora* zur Last fällt, weil das *periculum* auf den Käufer übergegangen und insbesondere also der, welcher den Sklaven Stichus zu leisten versprochen, wenn er ihn einem Dritten verkauft, und der Sklave nunmehr verstorben, von der Leistung frei wird, wenn ihm keine *mora* zur Last fällt (— derselbe Gedanke kehrt später in dem Satz „*nam si eundem — moram in tradendo non feci*“ — wieder —); allein, wenn ich eine Erbschaft verkauft habe, und nunmehr aus derselben eine Sache verkaufe, so bin ich als Geschäftsführer des Käufers der Erbschaft anzusehen, und daher — so ist nunmehr die obige Frage zu beantworten — kommt ihm der von mir für die aus der Erbschaft verkaufte Sache erhaltene Preis zu gut.

Im Gegensatz dazu fährt nun die Stelle fort: „dies kann aber bei einer Einzelsache nicht angenommen werden,“ und bietet nun als nächste Schwierigkeit die Worte „*ne nihil tibi debeam ex emto.*“ Wir finden hier nämlich abermals eine unbeantwortete Frage: „Wenn ich nämlich“, heisst es da,

„einen und denselben Sklaven Dir verkaufte und bevor ich ihn tradirt, wiederum einem Dritten verkaufte und den Kaufpreis empfing, so wollen wir doch sehen, ob ich Dir, wenn der Sklave gestorben, aus dem Kaufcontract etwas schulde“ (so ist das *ne nihil* zu übersetzen); die Beantwortung dieser Frage kann aber wiederum nicht zweifelhaft sein, sie ist zu verneinen: „nein, ich schulde Dir nichts.“ Dies zeigt der Nachsatz „da ich nun einmal mich keiner *mora* bei der Tradition schuldig gemacht“ und der später folgende Satz „und es wird so, als ob ich die Sache nicht an einen Dritten verkauft.“ Ist aber einmal die Beantwortung der Frage ausgemacht, dann erscheint eben wiederum keine Affirmation stärker, als eine solche unbeantwortete Frage, welche die Antwort als so sehr über jeden Zweifel erhaben darstellt, dass es der Mühe nicht werth ist, sie auszusprechen. Dass hier nicht die Alternative gestellt worden, ob der Verkäufer dem ersten Käufer das von dem zweiten erhaltene *pretium* schulde oder nicht, sondern vielmehr die, ob er ihm aus dem Kaufe überhaupt etwas schulde oder nicht, scheint uns zu berechtigen, mit Hülfe dieser Stelle auch die Fragen verneinend zu entscheiden, ob der Reuter dem Worowsky das von ihm erhaltene *pretium* zu restituiren oder den Werth und das Interesse der Sache zu leisten gehalten sei; allein es bleibt doch ungewiss, ob in der Stelle vorausgesetzt wird, dass der Verkäufer von dem ersten Käufer das *pretium* bereits empfangen, so dass also hinsichtlich der Restitution oder Nachforderung des *pretii* in ihr wohl nichts entschieden wird, während die Pflicht der Leistung des Werthes und Interesses allerdings darin in Abrede gestellt wird. Noch mehr scheint zu dieser Verneinung der spätere Satz „*et sic fit, quasi alii non vendidissem*“

zu berechtigen, allein die Folgerung wäre nicht im Sinne der römischen Juristen, deren allgemein klingende Sätze in der Regel nicht speciell genug ausgelegt werden können. Man geht immer am sichersten, sich bei der Auslegung an die ausdrücklich ausgesprochenen Voraussetzungen zu halten und darnach wäre dieser Satz so zu beschränken: hinsichtlich der Leistung des *pretii* an den ersten Käufer bleibt es also so, als ob ich die Sache nicht an einen Dritten verkauft hätte. Diese Entscheidung wird noch mehr ins Licht gesetzt durch die Angabe des Grundes: „denn der Preis für den Sklaven wird nicht von der Sache gewonnen, sondern durch den Handel,“ d. h. also: „der Gewinn dieses Preises ist nicht Resultat, Erzeugniss der Sache, kommt nicht jedem zu, der auf die Sache Anspruch hat, sondern ist Erzeugniss meiner freien willkürlichen Thätigkeit, die eben so gut hätte wegfallen können, gehört daher mir.“ „Denn“, heisst es ferner, obwohl etwas pleonastisch, „Dir schuldete ich die Sache, nicht die Klage,“ die ich mir nämlich durch meine Willkühr, durch meine freie Thätigkeit erworben, d. h. also die Klage aus dem zweiten Kaufcontract. Abermals wird nun ferner der Gegensatz des Verkaufs der Einzelsache und einer Sache aus der Erbschaft hervorgehoben: Wenn aber eine Erbschaft verkauft wird, so muss man annehmen, es werde stillschweigend abgemacht, dass ich dem Käufer prästire, was ich durch meine Thätigkeit als Erbe gewonnen, als ob ich seine Geschäfte führe, gleichwie der Verkäufer eines Grundstückes nach dem Grundsatz der *bona fides* auch die Früchte leistet, obgleich dieselben von ihm nicht gefordert werden könnten, wenn er das Grundstück als ein fremdes vernachlässigt hätte, vorausgesetzt, dass ihm nicht eine Schuld nachgewiesen würde.

Die nun folgenden Sätze „*quid, si rem — praestare debeo*“ beweisen abermals, wie entschieden das römische Recht festhält, dass der Verkäufer einer singulären Sache, der die Sache noch vor der Uebergabe abermals verkauft, nicht als *negotiorum gestor* des ersten Käufers angesehen werden darf. Vgl. die befriedigende Darstellung bei GLÜCK *l. c.* pg. 339 und 340.

Schliesslich muss ich zu diesen Gutachten noch bemerken, dass alle in denselben beregten Ansprüche, selbst der auf Auflösung des Contracts, *actione empti* geltend zu machen sind.

fr. 11. §§. 3. 5. 6. de actt. E. et V.

Schon daraus folgt, dass von der Anstellung solcher Klagen wie *actio doli, condictio sine causa, condictio causa data, causa non secuta, restitutio etc.* hier nicht die Rede sein kann. Uebrigens ergiebt sich die Unzulässigkeit ihrer Anwendung auch so leicht aus der Betrachtung ihrer Voraussetzungen, dass ich hier des Näheren nicht darauf einzugehen brauche.

GLÜCK, Pandecten, V. §. 452 ff.

VANGEROW, Pandecten, I. §. 185. III. §§. 624—628.

Alle obigen Argumentationen sind berechnet auf vollkommen wohlgegliederte und schlüssige Klagelibelle. Da indess heutzutage die Klagen in den Libellen nicht mehr mit ihren technischen Namen genannt werden, so ist es, grossentheils davon ausgehend, in der Praxis dahin gekommen, dass die Untersuchung und Nachweisung des *fundamentum agendi*, des Rechtsgrundes des *petiti*, — in dem Schluss, welcher in dem Libell sich finden soll, der *propositio major* — in den Libellen als etwas durchaus Nebensächliches behandelt und dem Richter überlassen, häufig nur durch ein Citat aus den Gesetzen ersetzt wird. In unserer provinziellen Praxis ist

es ganz gewöhnlich, dass Libelle lediglich aus der *narratio facti* und dem *petitum* bestehen. Wenn sich daher der Richter damit begnügt, im Allgemeinen zu untersuchen, wer von beiden Parteien Recht, wer Unrecht hat, wenn er nicht auf die strengste Specialisirung des klägerischen Rechtsanspruches dringt, oder diese Lücke selbst sorgsam ergänzt, dann allerdings kann es leicht kommen, dass er „*ex bono et aequo*“ in Fällen, wie der unsrige, weil der eine Theil „Unrecht hat“, dem andern etwas zuspricht, worauf derselbe nicht den mindesten Anspruch hat, was auch gar nicht selten ist, und so wäre denn dem Sachwalter des Worowsky in Betracht unserer heutigen Verhältnisse als das Klügste anzurathen, sich in seinem Libell auf *narratio facti* und *petitum* zu beschränken, letzteres aber entweder auf Werth und Interesse, oder auf Rückerstattung des Kaufgeldes, nicht aber auf die Ausantwortung des an Greif gezahlten Geldes zu richten, weil das allzu speciell und deshalb gefährlich wäre, indem es zu einer genauen Untersuchung des Rechtsgrundes des Anspruches führen könnte; ja es wäre hier keineswegs undenkbar, dass auch der Greif auf diese Weise etwas erlangen könnte.

SAVIGNY, System des heut. röm. Rechts, Bd. V. pg. 148 ff.

II. Die strafrechtliche Erörterung.

a. Nach gemeinem Recht.

Wie oben erwähnt, nöthigt uns das Vorhandensein eines Strafgesetzes, welches seinem Wortlaut nach den uns vorliegenden Rechtsfall mit umfasst, denselben auch in strafrechtlicher Beziehung der Betrachtung zu unterziehen. Was zunächst die gemeinrechtliche Seite dieser Betrachtung anlangt, so

werden wir sehen, dass sich eine bedeutende criminalistische Autorität (HEFFTER) für eine solche Auslegung des beregten Gesetzes ausgesprochen, nach der eben der uns vorliegende Rechtsfall, der doppelte Verkauf derselben Sache ohne Tradition an den ersten Käufer, auch gemeinrechtlich als eine strafbare Handlung zu erachten ist. Das Gesetz lautet:

fr. 21. ad legem Corneliam de falsis XLVIII. 10.
 [PAULUS *lib. sing. ad Sctum Turpillianum.*] „*Si quis*
„duobus in solidum eandem rem diversis contractibus
„vendidit, poena falsi coerceatur; et hoc et Divus
„Hadrianus constituit. His adiungitur et is, qui
„iudicem corrumpit; sed remissius puniri solent, ita
„ut ad tempus relegentur nec bona illis auferantur.“

Dem Wortlaut nach umfasst dieses Gesetz, soweit es den doppelten Verkauf derselben Sache betrifft, in seinem dispositiven Theil, offenbar folgende Fälle, nämlich den Verkauf einer Sache, über die ein perfecter Kaufcontract bereits geschlossen worden, von Seiten desselben Verkäufers an einem andern Käufer

- 1) bevor das Eigenthum*) auf den ersten Käufer übergegangen und nachdem die Sache ihm bereits tradirt worden;
 - a) mit Uebertragung der Detention auf den zweiten Käufer**);
 - b) ohne Uebertragung der Detention auf den zweiten Käufer;
- 2) bevor das Eigenthum übergegangen und die Sache dem ersten Käufer tradirt worden;
 - a) nachdem das *pretium* von ihm bezahlt worden;

*) Der Uebergang des Eigenthums ist natürlich nur präsumtiv, d. h. sofern der Verkäufer Eigenthümer ist.

**) Hierbei kann die Unterscheidung, ob das *pretium* gezahlt worden oder nicht, begreiflicher Weise nicht statthaben.

- a) mit Uebertragung der Detention an den zweiten Käufer;
- β) ohne Uebertragung der Detention an den zweiten Käufer.

b. bevor das *pretium* bezahlt worden;

- | | |
|---------|---|
| α) mit | } Uebertragung der Detention an den zweiten Käufer. |
| β) ohne | |

Von selbst versteht es sich, dass, wenn von Strafbarkeit die Rede sein soll, die Einwilligung des ersten Käufers in den zweiten Verkauf deficiren und der *dolus*, Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, dem Verkäufer zur Last fallen muss.

Ferner, der Zahlung des *pretii* ist hinsichtlich der Intensität der dadurch bedingten Verbindlichkeit jede andre Genügleistung hinsichtlich des *pretii* völlig gleichzustellen. Unter Zahlung des *pretii* ist immer die vollständige Zahlung zu verstehen; die unvollständige kommt hinsichtlich der Qualität des durch sie erworbenen Rechts der Nichtzahlung gleich.

Aus der Reihe der aufgezählten Fälle muss sogleich, da wir es mit einem römischen Gesetze zu thun haben, der Fall *sub 1 a.* ausgeschieden werden, weil er offenbar ein *furtum suae rei* nach römischem Rechte voraussetzt und daher als Verkauf einer gestohlenen Sache zu beurtheilen ist.

WAECHTER, Strafrecht, II. §. 188.

Ob ferner hinsichtlich des Kaufgeldes seitens des ersten Käufers Genüge geleistet worden oder nicht, kann zwar, sofern es einen Schluss auf die Intensität des *dolus* zulässt, für den Grad der Strafbarkeit des Verkäufers von Einfluss sein, die Strafbarkeit vorausgesetzt, nicht aber für die wesentliche Frage entscheidend, ob ein strafrechtlicher Fall vorliege oder

nicht, da vor der Tradition der Käufer immer nur ein persönliches Recht erworben hat, mag er das Kaufgeld gezahlt haben oder nicht. Wir müssen demnach folgende Fälle unterscheiden:

- 1) Nach } geschehener Tradition an den ersten Käufer.
- 2) Vor }

- a) Mit Uebertragung der Detention an denselben.
- b) Ohne Uebertragung der Detention an denselben.

Die Betrachtung dieser letzteren Distinction kann fruchtbar gemacht werden. Im Allgemeinen genügt es indess die *sub* 1. und 2. aufgeführten Kategorien zu unterscheiden.

Betrachten wir diese Fälle zunächst unabhängig von dem Strafgesetze, dem sie etwa speciell zu subsumiren sind, und zwar zunächst den Fall, wo die Sache dem ersten Käufer bereits tradirt und alsdann einem Zweiten verkauft worden. Wir finden hier einen dreifachen Gesichtspunkt, von dem aus die Handlungsweise des Verkäufers als der Rechtsordnung zuwiderlaufend erachtet werden kann:

- 1) Die offenbarte, der gemeinen Rechtsordnung gefährliche Gesinnung, welche wir im gemeinen Leben mit dem Ausdruck „unredlich“ zu bezeichnen pflegen; — als subjective Seite des Verbrechens.
- 2) Als objective Seite:
 - a) Die Wahrheitsentstellung, welche darin liegt, dass der Verkäufer sich gerirt, als hänge es unbedingt von seiner Willkühr ab, die in Rede stehende Sache zur Sache des Käufers zu machen.
 - b) Der Nachtheil, welcher einem der Käufer daraus erwächst, dass er statt der erwünschten Sache lediglich eine Entschädigungsklage erhält, während unter der

Besorgniss vor solchem Nachtheil der Verkehr nothwendig leiden muss.

Die *sub* 2 a. erwähnte Wahrheitsentstellung ist in dem zunächst hier in Rede stehenden Falle durchaus wesentlich; denn, wenn der Käufer wirklich die Absicht hat, einen Kaufcontract einzugehen, so muss er auch annehmen, dass es von dem Verkäufer abhängt, die in Rede stehende Sache zur seinigen zu machen. Dies weiss der Verkäufer und wenn er über die seiner Disposition nicht mehr unterworfenen Sache contrahirt, so erregt er dadurch in dem Käufer die wahrheitswidrige Annahme, als sei die Sache seiner Disposition unterworfen; würde aber der Käufer das wahre Sachverhältniss kennen und dennoch contrahiren, so wäre dieser Contract entweder ein nichtiger oder ein bedingter.

Anders ist es mit dem Fall, wenn bei dem Abschluss des zweiten Kaufs die Sache dem ersten Käufer noch nicht tradirt worden. Zwar wird auch hier Unwahrheit sehr gewöhnlich ein Mittel zum Abschluss des zweiten Verkaufs sein, allein sie ist nicht nothwendig ein solches, denn der zweite Käufer hat hinsichtlich des Verhältnisses des Verkäufers zur Sache nicht mehr vorauszusetzen, als dass derselbe im Stande sei, ihn zum unbeschränkten Eigenthümer zu machen; was er sonst noch voraussetzt, ist irrelevant. Der Verkäufer hat keine weiteren Voraussetzungen anzunehmen, und wenn er hinsichtlich der irrelevanten Voraussetzungen des Käufers schweigt, täuscht er ihn nicht. Dass übrigens in dem zweiten Falle keine relevante Wahrheitsentstellung und kein relevanter Irrthum vorliegen, zeigt die privatrechtliche Folge des Contracts, seine vollkommene Gültigkeit.

Ferner: Im ersten Fall findet Wahrheitsentstellung statt,

während Wahrheit unbedingt Rechtspflicht des Verkäufers ist; wenn sie dagegen im zweiten Fall stattfindet, so war eine solche unbedingte Rechtspflicht für den Verkäufer nicht vorhanden.

Endlich: Im zweiten Falle liegt uns eine Täuschung des Vertrauens, ein Bruch des geschehenen Versprechens, eine Treubrüchigkeit (*fracta fides*) vor; im ersten Falle kommt dazu noch die böswillige Provocation des Vertrauens, die Induction eines, so weit des Verkäufers Willkühr reicht, nachtheiligen und im besten Falle zwecklosen Contracts.

Als gemeinsame Momente der beiden Fälle lassen sich hervorheben:

1) Treubrüchigkeit, die in beiden Fällen in so fern begangen wird, als immer einem der Käufer die Sache nicht bleiben kann, — auch das consummirende Moment.

2) Wahrheitsverletzung als wesentliches Moment des Falles des zweiten Verkaufs nach Tradition an den ersten Käufer; aber immer nur Mittel.

3) *Dolus*, betrügliche Absicht, Unredlichkeit, Vorsatz die Sache zweien Personen zu verkaufen, bei der Ueberzeugung, dass nur eine derselben durch den Contract ihren Zweck erreichen wird.

Gewiss sind die Unterschiede beider Fälle sehr erheblich für den Grad der Strafbarkeit; dennoch kann es die Frage sein, ob das Gesetz nicht trotz solchen Gegensätzen gerade das beiden Fällen Gemeinsame im Auge gehabt hat. Für uns hat zunächst nur die Frage ein Interesse, ob der Fall des zweiten Verkaufs ohne vorhergegangene Tradition an den ersten Käufer unter das *fr. 21. cit.* gestellt werden müsse; indess, die Beantwortung dieser Frage kommt so ziemlich mit der Beant-

wortung derjenigen überein, ob beide Fälle, oder lediglich der andere unter dasselbe gehören; so nämlich ist von der bisherigen betreffenden Literatur die Frage aufgefasst worden.

Die Glosse und die meisten der wenigen Schriftsteller, die unserem Gesetze eine nähere Betrachtung gewidmet, haben stillschweigend annehmen zu müssen geglaubt, dass durch das *fr. 21. cit.* ein *falsum* im engeren und eigentlichen Sinne des römischen Rechts, eine als solche straffbare Wahrheitsverletzung, mit Strafe bedroht werden solle, und weil sie dies stets als sich von selbst verstehend ansahen, haben sie das Gesetz restrictive interpretirt und fordern zur Anwendung desselben die an den ersten Käufer geschehene Tradition. Wenige jener Schriftsteller sind der Erwähnung würdig; zu ihnen gehört allenfalls noch CUCUMUS, N. Archiv des Criminalrechts, Bd. X. pg. 526. Er argumentirt im Wesentlichen so: „Da „von *falsum* nur bei einem solchen Verbrechen die Rede sein „kann, das eine Wahrheitsentstellung in sich schliesst, bei „nicht geschehener Tradition an den ersten Käufer die Wahr- „heitsentstellung nicht nothwendiges Moment des zweiten „Kaufes ist, so ist es klar, dass man das Gesetz auf den einen „Fall beschränken muss, wo die Tradition an den ersten Käufer „bei Eingehung des zweiten Kaufes bereits erfolgt war, woraus „wiederum folgt, — dass hier nicht der Gesichtspunkt der „Untreue, sondern der der Wahrheitsentstellung der vorherr- „schende sei!“ — vgl. pg. 684. *l. c.* In dieser auf einen Zirkel hinauslaufenden Argumentation, ist unbegründeter Weise, ganz gegen die Worte des Gesetzes, als ausgemacht vorausgesetzt, dass in demselben von einem wahren *falsum* die Rede sei. Das einzige, was einer solchen Voraussetzung einigen Schein verleihen kann, ist

1. die Stellung des in dem *fr. 21. cit.* bedrohten Verbrechens unter die *lex Cornelia de falsis*;

2. die Bedrohung mit der *poena falsi*.

Ein Blick auf die Geschichte des römischen Strafrechts zeigt indess, wie unsicher diese Anzeichen sind.

Niemals hat es in Rom eine umfassende Strafgesetzgebung gegeben, so dass wir eine durchgreifende systematische Gliederung des römischen Strafrechts oder der römischen Strafgesetze als eines Ganzen in keiner Periode des römischen Staates und selbst nicht in der Justinianischen Gesetzgebung vorfinden. Eben so wenig bemächtigte sich die römische Rechtswissenschaft des strafrechtlichen Materials jemals in dem Grade, dass sie eine stetige Entwicklung der strafrechtlichen Begriffe zu Wege gebracht hätte. Sie bemächtigte sich dieses Stoffes überhaupt erst viel später, als des privatrechtlichen, weil das Strafrecht lange Jahrhunderte und namentlich während der Zeit der Republik, in den Banden der Politik gefangen lag. Eine politische Tendenz des römischen Strafrechts äusserte sich vornehmlich darin, dass man den Erfolg der rechtswidrigen Handlung urgirte, und mit Strafe vorzugsweise diejenigen Handlungen in speciellen Gesetzen bedrohte, welche einerseits durch die zunehmende Künstlichkeit des Staatsorganismus selbst erzeugt, andererseits eben deshalb die Integrität des Staats um so mehr zu gefährden schienen. Eben diese Verbrechen mussten auch durch die Häufigkeit ihres Vorkommens der besondern Beachtung der gesetzgeberischen Thätigkeit würdig erscheinen und nachdem Jahrhunderte hindurch die Strafgerichtsbarkeit der Comitien und des Senats für die wichtigern Verbrechen zu genügen geschienen hatte, der man später noch durch Commissio-

nen für einzelne vorgefallene Verbrechen nachgeholfen hatte, wurden nunmehr, — zuerst für das *crimen repetundarum* durch die *lex Calpurnia a. 605. a. U. c.* —, die bekannten *quaestiones perpetuae* eingeführt. Die diese *quaestiones* begründenden *leges* und Processordnungen enthielten gewöhnlich auch Strafsanctionen gegen die Verbrechen, für deren Beurtheilung die *quaestiones* eingesetzt wurden, und nach und nach wurden die meisten wichtigeren Verbrechensgattungen mit solchen Administrationen beschenkt. Da sie ihre Existenz der Häufigkeit gewisser Verbrechen verdankten und ihren Zweck wesentlich in der Bekämpfung derselben im Grossen hatten, war ihr Interesse ein der scientificischen Ausbildung des Strafrechts durchaus fremdes. Dieser äussern Nützlichkeitstendenz entsprachen auch die mit ihnen Hand in Hand gehenden Strafsanctionen. Handlungen, nach einer äusserlichen Aehnlichkeit willkürlich zusammengestellt, nach ihrer äusseren Erscheinung dürftig charakterisirt, wurden unter eine je nach den Umständen hohe oder niedrige Strafe gestellt und einer *quaestio perpetua* zur Aburtheilung anheimgestellt. Andere wurden ihnen später um des processualischen Interesse willen auf eben solcher Grundlage angereiht, und namentlich diente dazu der Umstand, dass viele, an sich von den der *quaestio* ursprünglich competirenden Verbrechen sehr verschiedene Handlungen sich zu solchen thatsächlich doch als Mittel, als Versuch, als Theilnahme verhielten, z. B. das Umhergehen mit Waffen zum Verbrechen des Meuchelmordes. Dazu kam, dass man oft als passenden Anhaltspunkt für die Gesetzgebung einen Kreis von rechtlichen Verhältnissen betrachtete, in welchem die verschiedenen Verbrechen vorfielen, z. B. die Testamentserrichtung. Selbst als die *quaestiones*

perpetuae in ihrer Thätigkeit beschränkt wurden und endlich ganz aufhörten, hatte es um der Strafsanctionen in den sie begründenden Gesetzen willen doch immer noch ein Interesse, jenen Gesetzen einzelne Handlungen anzureihen, was denn auch durch *Senatusconsulte* und kaiserliche Constitutionen in reichem Maasse geschah.

In dieser Charakteristik des Principis oder richtiger der Principlosigkeit der römischen Strafgesetzgebung und deren Entwicklung sind natürlich sehr verschiedene Grade zu unterscheiden, je nachdem der Gesichtspunkt, welcher die einzelnen Handlungen an einander knüpfte, schärfer oder unbestimmter hervortrat; je nachdem das Rechtsverhältniss, um dessen Verletzung es sich handelte, ausgebildeter, die äusseren Merkmale deutlicher erkennbar waren. So hat die ausgebildete *lex Julia de adulteriis* sehr consequent die Fleischesverbrechen in scharfer Begrenzung in ihren Bereich gezogen, wogegen nicht spricht, dass wir heutzutage manche darunter fallende Verbrechen im System anders unterbringen müssen; als entgegengesetztes Extrem stellt sich die *lex Cornelia de sicariis et veneficis* dar, welche in einer bunten Musterkarte die verschiedensten verbrecherischen Handlungen umfasst, Meuchelmord, Brandstiftung, wissentliche Ungerechtigkeit eines Richters u. s. w.

fr. 1. pr. ad legem Corn. de sicariis. XLVIII. 8.

Die römische Rechtswissenschaft in ihren Vertretern hat zwar später mancherlei gesichtet und geschieden, aber zu kurze Zeit und mit zu wenig Vorliebe bei dem Strafrecht verweilt, um uns ein System zu hinterlassen, und so ist jene unorganische Aeusserlichkeit der Strafgesetzgebung auch für die Justinianeische Sammlung noch die Regel.

Wie weit diese Charakteristik auf die Ausbildung der *lex Cornelia testamentaria et nummaria* Anwendung findet, kann nun allerdings noch die Frage sein. Gewiss ist, dass diese *lex* nicht damit begann, ein Princip an die Spitze zu stellen, sondern zunächst die äusserliche Grenze eines Kreises von Rechtsverhältnissen beschrieb, in dessen Bereich gewisse Verbrechen begangen wurden, welche sie unter eine Strafsanction stellte.

fr. 2. ad leg. Corn. de falsis.

MITTERMAIER, 14. Ausgabe von FEUERBACHS Lehrbuch des peinl. Rechts. §. 410. not. 1.

Mag man nun auch zugeben, dass ihre weitere Ausbildung im Grossen und Ganzen einen Grundgedanken nicht verkennen lässt, so ist erstlich damit für die Abweichungen nichts bewiesen und ferner folgt aus dem Obigen soviel wohl, dass die Stellung verschiedener Handlungen unter ein Strafgesetz nicht die Einheit eines technischen Begriffes beweist. Am wenigsten darf man aber ein Gesetz vom Standpunkt des heutigen Systems deshalb restrictive interpretiren, weil man anders das Princip einer gewissen Kategorie darin nicht wiedererkennen würde. Was insbesondere den Grundgedanken der Entwicklung der *lex Cornelia „de falsis“* anlangt, so hat man ihn vorzugsweise in der strafbaren Wahrheitsverletzung finden wollen. Ich habe dieserhalb alle Fälle, die in dem Titel der Pandecten XLVIII. 10. aufgeführt sind, aufmerksam geprüft, und muss zwar zugeben, dass bis auf einen einzigen Fall (*fr. 1. §. 6.*), in welchem ich auch nicht im Entferntesten eine Beziehung auf Wahrheitsunterdrückung habe finden können, alle Fälle, wenn man alle Schrauben ansetzt, als restrictive, extensive Interpretationen, Auffassung an sich vollendeter rechts-

widriger Handlungen als Versuch, Theilnahme u. s. w., eine Wahrheitsverletzung, zum Mindesten als Mittel voraussetzen, zugleich aber eben so sehr behaupten, dass keineswegs in allen diesen Fällen die Wahrheitsverletzung als das wesentlich strafbare Moment hervortritt;

vgl. z. B. *fr. 30. h. t.*

Bedeutende Autoritäten behaupten übrigens, dass häufig Handlungen unter die *lex Cornelia* lediglich um der Strafsanction willen gestellt wurden, ohne dass dadurch gesagt werden sollte, dass sie wahres *falsum* seien.

MITTERMAIER, *l. c.* §. 410. *not. I. i. f.*

WAECHTER, Strafrecht, Bd. II. §. 179. *not. 97. i. f.*

Wir müssen jedenfalls als unsern Standpunkt für die Interpretation des *fr. 21.* entschieden festhalten, dass, so lange keine anderen Gründe als die bisher angegebenen, für die restrictive Auslegung desselben vorliegen, an der klaren und unzweideutigen Wortfassung des Gesetzes festgehalten werden muss, wonach nicht mehr als die dolose Hervorbringung zweier collidirenden Kaufcontracte von demselben betroffen und demnach die geschehene Tradition an den ersten Käufer zur Anwendung desselben nicht nothwendig vorauszusetzen ist. Für diese Auslegung des Gesetzes erklärt sich auch HEFFTER, Criminalrecht, zweite Auflage, §. 384. *not. 7.* Freilich begeht er die Inconsequenz, das Verbrechen nichts desto weniger zu der eigentlichen Fälschung zu ziehen, die er als „vorsätzliche Entstellung oder Unterdrückung der Wahrheit in solchen Fällen, wo unbedingt von Staatswegen auf Wahrheit bestanden werden muss und daher die Verletzung der Wahrheit schon an sich durch die Gesetze für strafbar erklärt ist“, charakterisirt.

Auch die etwanige Anwendung gewisser hermeneutischer

Grundsätze würde zu dem entgegengesetzten Resultate nicht führen. Der Grundsatz „*in dubiis benigniorem etc.*“ kann hier nicht zur Anwendung kommen, weil gar keine *dubia* vorliegen, wenn sie nicht geflissentlich hervorgerufen werden, um jenen Grundsatz zur Anwendung zu bringen. Eben so wenig kann davon die Rede sein, dass hier einem und demselben Satze verschiedene Auslegungen gegeben wären, denn nach unserer Auslegung trifft das *fr. 21.* die beiden Modalitäten des doppelten Verkaufs gemeinschaftlicher Momente.

Uns scheint übrigens das tiefere und unbefangene Eingehen auf die Einzelheiten des *fr. 21. cit.* nur ein unsrer bisherigen Auffassung entsprechendes Resultat zu liefern.

Was zunächst die Inscription anlangt „*Paulus libro singulari ad Senatusconsultum Turpillianum*“, so konnte die Erörterung dieses *Scutum* nicht Veranlassung geben zu einer Analogie mit einer Wahrheitsverletzung, die als solche strafbar war. Durch das *Scutum Turpillianum**) wurde erstlich der Ankläger mit Strafe bedroht, der seine einmal erhobene Anklage im Stiche liess, von dem deswegen noch nicht gesagt werden konnte, dass er eine falsche Anklage erhoben, was ihn zum *calumniator* gemacht und einem besonderen Strafgesetze unterworfen hätte, sondern, dass er eine gegen den Staat übernommene Verpflichtung treulos gebrochen. Andernthails wurde durch dasselbe der Prävarication des Anklägers entgegengewirkt, worin die Analogie mit unserem doppelten Verkauf noch stärker hervortritt, indem der Ankläger, welcher der Prävarication sich schuldig macht, nicht blos

*) WALTER, Gesch. des Röm. Rechts (zweite Aufl.) §. 816. REIN, Criminalrecht der Römer. S. 799 ff.

einem Theil nicht leistet, was er ihm versprochen, sondern insbesondere auch in derselben Angelegenheit für zwei Parteien von collidirendem Interesse widersprechende Verpflichtungen auf sich nimmt.

fr. 1. §. 1. ad Senatusconsultum Turpillianum.
XLVIII. 16.

fr. 1. §. 6. cit. giebt nur eine mögliche Form, nicht die nothwendigen Momente der Prävarication. Denn weder ist das Mittel des *praevaricator* nothwendig Wahrheitsentstellung, noch der Zweck, da durch die Prävarication noch keineswegs die begründete Anklage als falsch dargestellt werden muss. — Was ferner das Gesetz selbst anlangt, so könnte man, wenn in demselben der Gesichtspunkt der Wahrheitsverletzung vorwalten und also ausgesprochen werden sollte, dass derjenige, welcher sich für einen in der Disposition über die Sache unbeschränkten Eigenthümer ausgiebt, ohne es zu sein, mit der *poena falsi* zu belegen wäre, erstlich nicht absehen, was hier die deshalb völlig gleichgültige Rücksicht auf den ersten Contract sollte, da sich ja auch ausser einem schon über die Sache eingegangenen Contracte sonst noch viele Gründe der Beschränkung des Eigenthümers hinsichtlich der Disposition denken liessen; ausserdem wissen wir aber auch sonst sehr wohl, dass nicht einmal ein jeder, der sich für den Eigenthümer selbst ausgab, mit der *poena falsi* bestraft wurde (*qui liti sese obtulit*), also noch weniger ein solcher, der sich fälschlicher Weise eine Qualität des Eigenthümers zuschrieb.

Der ganze Zusammenhang der Stelle zeigt aber, dass der Gesetzgeber nicht im Entferntesten an die formale Seite der *poena falsi* gedacht hat; hätte er sagen wollen „der etc. ist

ein *falsarius*“, so dürfte er nicht später im Gegensatz dazu das „*remissius puniri solet*“ aufführen, weil der Begriff „*falsarius*“ keine Grade hat. Er hat offenbar lediglich den Inhalt der *poena falsi*, Deportation und Güterconfiscation (WALTER l. c. §. 774. §. 7. I. de publ. jud.) im Auge gehabt. Jene Annahme (der etc. ist ein *falsarius*) würde sogar zum Nachtheile der Gegner ausschlagen; denn der Nachsatz „*remissius puniri solet*“ würde nun das Resultat geben: „Er pflegt aber nicht mehr als ein *falsarius* bestraft zu werden.“ Die Stelle ist aber so zu erklären: „Wer zweien Personen dieselbe Sache ungetheilt in verschiedenen Contracten verkauft hat, wird mit Deportation und Publication der Güter bestraft; dies hat auch der Kaiser Hadrian bestätigt; nichts desto weniger ist Praxis, ihn gelinder zu bestrafen, so dass er der zeitweiligen Relegation ohne Güterconfiscation unterliegt.“ •

Zwar kann hier allerdings eingewendet werden, dass in der Stelle selbst jenes angebliche äussere Interesse, das fragliche Verbrechen unter die Strafsanction der *lex Cornelia* zu stellen, in Abrede gestellt wird, mithin kein anderer Grund für diese Stellung übrig bleibt, als die Einheit des Begriffs; allein dieser Einwand erledigt sich durch den Nachweis eines historischen Elements in der Stelle: „Die Strafe der *lex Cornelia* soll zur Anwendung kommen, dies ist die Theorie, diese Theorie wurde auch von Hadrian anerkannt, aber die Praxis ist, ihn milder zu bestrafen.“

Rechnen wir hierzu noch, dass es ein nicht unbedeutendes Interesse für den Staat hat, den Käufer, der in seinem Contract auf sofortige Tradition nicht ausgeht, durch ein Strafgesetz zu schützen, weil er sich dieserhalb dem guten Willen seines Contrahenten unbedingt anvertrauen muss und

für die Lieferung der Sache selbst keine andere Garantie hat, dass aber andererseits die Verkehrsverhältnisse vielfach solche Käufe mit sich bringen (kaufmännische Speculationen), wo die Tradition nicht sofort erfolgen kann, während die Schutzlosigkeit des Käufers dem Verkehr Schranken auferlegen würde, und endlich das Privatrecht, wie wir an unserem Rechtsfalle sahen, nicht ausreicht, dem böswilligen Verkäufer das Interesse an einem doppelten Verkaufe zu benehmen, so können wir uns schliesslich nur auf das Entschiedenste dafür aussprechen, dass die geschehene Tradition an den ersten Käufer bei der Anwendung des *fr. 21. cit.* nicht nothwendig vorauszusetzen ist, und dies um so mehr, als von den Gegnern dieser Ansicht nicht mehr für die ihrige beigebracht worden, als eine unbegründete Voraussetzung.

• Fragen wir uns nun noch, welche Stellung im System wir dem vorliegenden Verbrechen anzuweisen haben, so haben wir allerdings eine Antwort, ohne dieselbe jedoch hier tiefer begründen zu können, denn dies würde uns nothwendig zu einer ausführlichen Untersuchung der Begriffe Betrug, Fälschung, Stellionat führen, welche ausserhalb der uns gesteckten Grenzen liegt, da es uns zunächst nur auf die Entscheidung ankommen konnte, ob in unserem Rechtsfalle zu einem strafgerichtlichen Erkenntniss Grund vorhanden sei oder nicht.

Würden wir uns an diejenige Eintheilung halten, wonach das Verbrechen des Betruges in Fälschung im engeren Sinne (zu charakterisiren wie oben von HEFFTER) und Stellionat als die durch widerrechtliche Wahrheitsentstellung herbeigeführte Beschädigung zerfällt (welche Eintheilung uns aber zu eng scheint, da sie diejenigen betrüglichen Handlungen nicht umfasst, welche einerseits keine Wahrheitsverletzung ein-

schliessen, oder in denen die Wahrheitsverletzung doch nicht das wesentlich hervortretende Moment ist, und bei denen andererseits wegen Hervortretens des öffentlichen Interesses auf Privatbeschädigung nichts ankommt), so dürften wir uns genöthigt sehen, unsern doppelten Verkauf zu den einfachen Treubruchigkeiten zu schieben, welche Stellung indess wieder den Gesichtspunkt der Gemeingefährlichkeit und des staatlichen Interesse an der Bestrafung nicht recht aufkommen lässt.

Wir halten es mit derjenigen Ansicht, wonach Betrug von Fälschung streng zu scheiden, der erstere aber keineswegs als Verletzung des Rechts auf Wahrheit aufzufassen ist.

MITTERMAIER, *l. c.* §. 410. *not. III.*

Als consummirendes Moment kann auch für den Betrug die Beschädigung im Allgemeinen nur da gefordert werden, wo ein Fall bestimmt als Stellionat anzusehen ist. Für die übrigen Fälle des Betruges, namentlich diejenigen, welche von dem Gesetz unter die *lex Cornelia de falsis* gezogen werden,

WAECHTER, *l. c.* §. 178. *not. 952.*

ist die Entscheidung über die Consummation wenigstens der speciellen Erörterung vorzubehalten. In unserem Fall scheint mehr dafür zu sein, dass das consummirende Moment in die Perfection des zweiten Kaufs zu legen sei; denn abgesehen davon, dass das Gesetz die Hervorbringung der collidirenden Contracte als die strafbare Handlung bezeichnet, diese Hervorbringung aber mit der Perfection des zweiten Kaufs vollendet ist, so würde auch, wenn man die Beschädigung als das consummirende Moment ansähe,

1) der eigenthümliche Gesichtspunkt des Verhältnisses beider

Contracte verloren gehen, da die gleiche Beschädigung nicht gerade durch dieses Mittel hervorgebracht zu werden braucht.

- 2) Die Absicht zu beschädigen und die Beschädigung selbst würden zuweilen auseinanderfallen; wenn nämlich der Verkäufer die Absicht gehabt, dem zweiten Käufer zu tradiren (abgesehen davon, ob er dem ersten Käufer gegenüber dieselbe Absicht gehabt oder nicht), aber nach Perfection des zweiten Kaufes an der Tradition durch richterliches Einschreiten gehindert worden wäre, so würde dem ersten Käufer gegenüber die Beschädigung, dem zweiten gegenüber der *dolus* deficiren.

Es fehlt übrigens nicht an der Ansicht, dass die Beschädigung eines der Käufer in dem Sinne, dass er durch Schuld des Verkäufers die gekaufte Sache nicht erhalten, das consummirende Moment sei.

GLÜCK, Pandecten, XVI. §. 1014. pg. 336. not. 99. Nach dieser Ansicht kann in unsrem Falle, wo die Sache durch *casus* untergegangen und zwischen der Schuld des Verkäufers und der Unmöglichkeit, dem ersten Käufer zu tradiren kein Causalnexus besteht, allerdings höchstens von Versuch eines Verbrechens die Rede sein.

Es ist übrigens auch nicht zu leugnen, dass für diese Ansicht von der Consummation des vorliegenden Verbrechens Vieles spricht, namentlich, dass der Verkäufer trotz dem doppelten Verkauf der Sache doch seinen privatrechtlichen Verpflichtungen gegen beide Käufer vollkommen nachkommen kann, z. B. indem er nach Tradition an den ersten Käufer die Sache wieder erwirbt und auch dem zweiten Käufer noch rechtzeitig tradirt, und umgekehrt; während gegen das *sub* 2.

angeführte Auseinanderfallen der beiden Momente des *dolus* und der Beschädigung sich einwenden lässt, dass bei Eingehung des zweiten Contracts der *dolus* jedenfalls eventuell auf Beschädigung eines der Käufer gerichtet gewesen sei. Allein, wie schon oben erwähnt, giebt es ausser diesem privatrechtlichen Gesichtspunkte noch einen öffentlichen, den der Rechtsunsicherheit, die aus der Eingehung solcher zwiefachen Kaufcontracte resultirt und eines dadurch auf den Verkehr bewirkten Druckes. Für diesen ist aber die wirklich erfolgte Beschädigung eines Einzelnen gleichgültig und der *dolus* nicht als Absicht zu beschädigen, sondern als Bewusstsein der Rechtswidrigkeit aufzufassen. — Das Hervortreten dieses öffentlichen Interesses an der Bestrafung hat sicherlich auch den Fall unter die *lex Cornelia* gebracht, während er sonst wohl zum *Stellionate* gezogen worden wäre.

Die Strafe des Betrugers ist heutzutage durchaus arbitrair. HEFFTER *l. c.* §. 385. und §. 394. Nur, dass ein der *poena falsi* entsprechendes *maximum* anzunehmen ist.

Demnach würden wir, was das gemeine Recht anlangt, den Krüger Reuter verurtheilen, vor Allem

- 1) zum Verluste von 60 Rbl. S. M. zu Gunsten des Fiscus; und dann
- 2) zu einer geringen, etwa dreiwöchentlichen Gefängnisstrafe.

b. Nach dem russischen Strafgesetzbuche von 1845.

Dasselbe enthält unter folgenden Rubriken

Titel XII. Von Verbrechen und Vergehen wider das Eigenthum von Privatpersonen.

Hauptstück 5. Von Verbrechen und Vergehen in Bezug auf Verträge.

Artikel 2. Von Verbrechen und Vergehen bei einigen besonderen Arten von Verträgen.

1) in Bezug auf Kauf und Verkauf,
unter Artikel 2210. folgende Bestimmung:

„Wer ein schon verkauftes Besitzthum (имущество) wesentlich einem Andern verkauft, unterliegt hierfür, nebst „Zurückgabe der für den gesetzwidrigen Verkauf empfangenen Gelder und Vergütung für den dadurch zugefügten „Verlust: der Entziehung aller Standesrechte und der Verweisung nach Sibirien zur Ansiedelung, falls er aber „dem Gesetze nach von Leibesstrafen nicht ausgenommen „ist, zugleich auch der Bestrafung mit der Plette durch „Heukershand in dem im Art. 22. dieses Gesetzbuches „für den zweiten Grad der Strafen dieser Art festgesetzten „Maasse.“

Wie wenig man auch damit zufrieden sein mag, dass das vorliegende Verbrechen, als eine Modalität des Betruges, zu den Verbrechen gegen das Eigenthum gezählt wird, so ist doch im Sinne der russischen Gesetze um so mehr Gewicht darauf zu legen, als diese gar kein Gattungsverbrechen von Betrug oder *falsum* anerkennen; sondern die einzelnen Fälle dieser Gattung je nach der Rechtssphäre, in welcher sie vorfallen, unter verschiedene andere Benennungen subsumiren. Auch erweckt schon auf den ersten Blick Bedenken die ausserordentliche Höhe der Strafe, mit welcher in diesem Gesetze gedroht wird, einer Criminalstrafe im vorzugsweisen Sinn des Gesetzbuches, — (die Verweisung nach Sibirien zur Ansiedelung ist nächst der Todesstrafe und der Verweisung nach Sibirien zur Zwangsarbeit die schwerste Strafe, welche immer Verlust aller Standesrechte nach sich zieht, während auch die Plett-

strafe, die härteste körperliche Züchtigung dieses Gesetzbuches, zu den Criminalstrafen im vorzüglichen Sinne gehört) — ohne Rücksicht auf die vielen Modalitäten der Mittel und Formen, in denen das Verbrechen ausgeübt werden kann, und ohne Rücksicht auf den Werth der (verkauften) Sache, welcher Werth der Sache bei den Verbrechen wider das Eigenthum, zu denen nach den obigen Rubriken das vorliegende Verbrechen vom Gesetzbuche gezählt wird, der Natur der Sache nach und namentlich auch in diesem Gesetzbuche eine grosse Bedeutung hat, — das Bedenken, dass dies Gesetz restrictive möchte zu interpretiren und einestheils auf gewisse Arten von Sachen, andernteils auf bestimmte Modalitäten zu beschränken sein. Zu diesen Bedenken kommt noch, dass eben in den vorhergehenden Artikeln für mehrere schwere Arten von Fälschungen, z. B. in Art. 2204. bei Fälschung von aussergerichtlichen Documenten, lediglich Correctionsstrafen verhängt werden; ferner, dass, während die innere Anordnung dieses Gesetzbuches offenbar an das System des Swods der Gesetze und die hier vorliegende Abtheilung insbesondere an den ersten Theil des X. Bandes des Swods sich anschliesst, dieser zehnte Band, den ich dieserhalb aufmerksam durchgesehen, über den doppelten Verkauf lediglich einer unbeweglichen Sache eine Bestimmung enthält. Diese Bestimmung, Art. 1171. des Sw. Bd. X. lautet in getreuer Uebertragung:

„Wenn ein und dasselbe unbewegliche Vermögen zweien „verschiedenen Personen verkauft wird, so wird dasselbe „demjenigen der Käufer zugesprochen, dessen Kaufurkunde früher vollendet wurde. Zum Besten des andern „Käufers jedoch wird von dem betrügerischen Verkäufer „der ihm bezahlte Kaufpreis nebst allen Einbussen des

„Käufers beigetrieben, ausserdem aber der Verkäufer für „Fälschung dem Criminalgericht übergeben.“

Diese Bestimmung lässt auch den Grund der hohen Strafsanction in dem obigen Strafgesetz erkennen, bei der unbeweglichen Sache die Kaufurkunde nämlich. Der doppelte Verkauf derselben unbeweglichen Sache setzt bei den complicirten und feierlichen Formen, unter denen nach russischem Rechte eine unbewegliche Sache allein gültig verkauft werden kann, nothwendig eine Belügung mehrerer *ex officio* handelnden Personen, eine feierliche Bekräftigung einer Unwahrheit durch Aufnahme in eine öffentliche Glaubwürdigkeit habende Urkunde, ja sogar Urkundenfälschung, ein ganzes System von Lüge und Betrug voraus, was aus dem Art. 1182. des zehnten Bandes der Reichsgesetze, Privatrecht, erhellt, wornach jeder Verkäufer einer unbeweglichen Sache in der Verkaufsurkunde ausdrücklich erklären muss, dass das Immobile noch Niemandem verkauft worden „что имущество прежде никому от него не было продано.“

Dazu kommt, dass der Ausdruck „Besitzthum“ „имущество“ gewöhnlich in der speciellen Bedeutung von „Gut“ „Immobile“ gebraucht wird, und nur hie und da zur Bezeichnung von „Gut“ im Allgemeinen dient.

Endlich wird um zwei Artikel weiter, Art. 2212 und 2213. bei zweien ganz ähnlichen Verbrechen, wie das vorliegende, in den resp. Strafsanctionen, wieder alle die oben vermisste Rücksicht beobachtet.

Diese Bedenken nun lassen es nicht ohne Interesse erscheinen, das uns vorliegende Gesetz einer umfangreichen Untersuchung zu unterziehen. Zunächst würde diese eine historische sein. Es wären nämlich, da in denjenigen

• Theilen des Swods der Gesetze von 1832 und 1842, welche die Strafgesetze enthalten, das uns vorliegende Gesetz sich fast wörtlich wiederfindet, welche Quelle in dem Art. 2210. sich noch gegenwärtig verräth, unter Anderem auch durch die mangelnde Unterscheidung zwischen der Verschickung in die östlichen und der in die westlichen Provinzen Sibiriens. (Ulosch Art. 22.) und dort zugleich eine Menge historischer Quellen, welche alle in der полное собрание sich finden, angegeben ist, diese Quellen kritisch darauf anzusehen, ob sie für die uns vorliegende Frage eine Entscheidung liefern. Es wäre ferner

1) an den Ausdruck „verkauft“

- a. die Untersuchung zu knüpfen, ob die Perfection des Kaufcontractes nach russischem Rechte ein blos persönliches oder schon ein dingliches Recht nebst der Eigenthumsklage gewährt, für welches letztere die in dem Art. 2210. unbedingt ausgesprochene Disposition spricht, demjenigen Käufer, mit welchem der widerrechtliche Kauf eingegangen worden, welcher immer nur der zweite sein kann, das Kaufgeld zurückzugeben, was voraussetzt, dass er die Sache, auch wenn sie ihm bereits tradirt worden, nicht behalten dürfe, ein Anderer somit ein dingliches Recht an ihn habe;
- b. wenn nach russischem Rechte durch die Perfection ein dingliches Recht mit der Eigenthumsklage erworben wird, die Frage zu beantworten, wie man sich in den Ostseeprovinzen bei Anwendung des Strafgesetzbuches zu verhalten habe, wenn ein Strafgesetz privatrechtliche Verhältnisse voraussetzt, die das provinzielle Recht nicht kennt, da denn namentlich die *sub a.* beregte

Disposition des Art. 2210., wie aus unsrer obigen privatrechtlichen Erörterung hervorgeht, mit unserem provinziellen Privatrecht collidirt.

- 2) an den Ausdruck „Besitzthum“ „имущество“ eine auf den ersten Theil des Bd. X. des Swods gegründete terminologische Untersuchung;
- 3) an den Ausdruck „wissentlich“ eine Untersuchung über die verbrecherische Willensbestimmung desjenigen, auf den das hier vorliegende Strafgesetz angewendet werden soll, namentlich auch darüber, ob es hier auf die Unterscheidung von Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und Absicht zu schaden ankommt, auch, welchen Einfluss die Ueberzeugung, der erste Käufer würde consentiren, auf die Strafbarkeit hätte.

Endlich, sollte man zu dem Resultate einer restrictiven Interpretation gelangt sein, so wäre nachzuweisen, ob und welchem Strafgesetze der doppelte Verkauf einer beweglichen Sache zu subsumiren wäre.

Da in unserem Falle diese Untersuchung sich zunächst nur an die Entscheidung des vorliegenden Rechtsfalles knüpfen würde, nach dem Art. 65. des I. Bandes des Codex der Reichsgesetze, Reichsgrundgesetze, aber die Gesetze nach dem Wortverstande (по буквальному смыслу) angewendet werden sollen, und eine Auslegung nur in dem Falle statthaben soll, wenn zwei Gesetze mit einander in unauflöslichem Widerspruch stehen, wonächst diejenige Auslegung den Vorzug haben soll, welche dem allgemeinen Geist der Gesetzgebung am Meisten entspricht, so haben wir Folgendes in Betracht zu ziehen: Die Disposition des Art. 2210. des Strafgesetzbuches ist eine doppelte, eine privatrechtliche und eine straf-

rechtliche. Nun muss aber als Grundsatz für die Anwendung des Strafgesetzbuches von 1845 nach dem betreffenden Promulgationsgesetz vom 13. August 1845, woselbst es heisst:

„Wir befehlen durch die Bestimmungen des Strafgesetzbuches die Wirkung sowohl aller Bestimmungen des „ersten Buchs im XV. Bande des allgemeinen Reichsgesetzbuches zu ersetzen, als auch die aller in anderen „Bänden desselben sich findenden Artikel, durch welche „irgend Strafen oder Beahndungen verhängt werden, „falls diese nicht übereinstimmend sind mit den im „neuen Gesetzbuche für dieselben Verbrechen und Vergehen festgesetzten,“

angesehen werden, dass privatrechtliche Dispositionen in dem Strafgesetzbuche keine derogatorische Kraft haben. Für die Anwendung in der Provinz folgt ausserdem aus jenem Satz: Soweit vor dem Erscheinen des Gesetzbuches früherhin das erste Buch des XV. Bandes des Swod der Reichsgesetze und die in den übrigen Theilen befindlichen Strafgesetze hier in Geltung waren, so weit tritt nunmehr die Uloschenie in Wirkung, — ein Grundsatz, der im Einzelnen allerdings oft schwer genug durchzuführen wäre. Die Praxis ist nun über diesen Grundsatz aus mancherlei, hauptsächlich in der Form unserer älteren provinziellen Strafrechtsquellen liegenden, hier nicht weiter zu erörternden Gründen weit hinausgegangen; jedenfalls aber nicht so weit, und konnte auch so weit nicht gehen, dass sie die als factische Voraussetzungen in dem Strafgesetzbuch sich findenden privatrechtlichen Grundsätze derogatorisch zur Anwendung brachte. Wenn demnach nun die in dem Art. 2210. enthaltene privatrechtliche Bestimmung, wonach der von dem zweiten Käufer erhaltene Kaufpreis dem-

selben zu restituiren ist, mit den von uns in dem ersten Theile unsrer Abhandlung als gemeinrechtlich und provinzialrechtlich erkannten Satze, dass der zweite Käufer, nachdem er die Sache erhalten, keinen Anspruch mehr gegen den Verkäufer hat, in unauflöslichem Widerspruche steht, nach dem angeführten Art. 65. aber in solchem Falle der allgemeine Geist der Gesetzgebung, das ist hier der provinziellen, den Ausschlag geben soll, so muss die Anwendung der privatrechtlichen Bestimmung des Art. 2210. *in casu* um so mehr cessiren, als dies schon aus dem Grundsatz „*lex specialis derogat etc.*“ folgen würde. Was dagegen die strafrechtliche Disposition anlangt, die nunmehr nach dem Wortsinn zur Anwendung kommt, so ist, da der Ausdruck „Besitzthum“ alles, was Gegenstand des Besitzes sein kann, bezeichnet, mithin auch eine bewegliche Sache, der Krüger Reuter zu verurtheilen:

„zur Entziehung aller Standesrechte und zur Versendung
 „in die Colonien Sibiriens zur Ansiedelung nach Erleidung
 „der, die im Art. 22. des Strafgesetzbuches festgesetzte
 „Plettstrafe vertretenden Ruthenstrafe am Strafpfahl durch
 „Henkershand.“

Der erkennende Richter würde jedoch, falls ihm diese Strafbestimmung nicht für den vorliegenden Fall geeignet erscheinen sollte, nach Art. 158. des Str. G. B. das Erkenntniss auf dem ordnungsmässigen Wege dem Ermessen des dirigirenden Senats verstellen können.

IV. Die Lehre des römischen Rechts von dem Eigenthumserwerb durch Specification,

von

Ottomar Meykow aus Dorpat.

Historischer Theil.

§. 1. Die Theorien der Sabinianer und Proculianer*).

Der geistige Process, welchen das römische Recht in der Entscheidung der Frage: ob und unter welchen Voraussetzungen namentlich sich Jemand hinsichtlich des Eigenthumserwerbes an einer Sache darauf berufen dürfe, dass er Urheber ihrer jetzigen Erscheinungsform ist, durchgemacht hat, bildet einen naturgemässen Fortschritt von dem Allgemeinen zum Besonderen. Bekanntlich war dem römischen Recht im Gegensatz zum germanischen seit seiner ersten Entwicklung eine consequente Durchführung des Vindicationsrechtes von Seiten des *dominus rei* gegenüber jedem *possessor rei* eigenthüm-

*) Quellen: GAI comment. II. §. 79., §. 25. *Inst. de rerum divisione* (2. 1.), fr. 7. §. 7. *Dig. de acquirendo rerum dominio* (41. 1.), THEOPHILUS Paraphrase zu §. 25. *Inst. de rer. div.* — Schriftsteller: CUJACIUS (Ausgabe Prati 1836 fgg.) Bd. 2. S. 763, 775; Bd. 5. S. 612 fgg. VINNIUS, Institutionencommentar Bd. 1. Lyon 1777. S. 183 fg. HÖFFNER, Institutionencommentar. Frankf. 1818. §. 321. KOCH, *de jure ejus, qui speciem ex aliena materia fecit diss.* Marb. 1829. S. 3 fgg. PUCHTA, *Cursus der Institutionen* Bd. 2. 1842. S. 660 fg.

lich. Diese schloss aber eine Rücksichtnahme auf die etwa veränderte Form der Sache in dem Moment der angestellten Eigenthumsklage nothwendig aus. Die Sache musste vielmehr dem Vindicanten in derjenigen Gestalt, welche sie gegenwärtig besass, übergeben werden und der Sieger war allein die durch ihre Umformung dem Formgeber verursachten Unkosten zu erstatten verpflichtet. Somit unterlag also jene Umformung ursprünglich den allgemeinen Grundsätzen der *in rem alienam factae impensae*.

Eine solche Rechtsanschauung konnte aber begreiflicher Weise nur so lange ihre Geltung behalten, als sich dem in einfachen und natürlichen Lebensverhältnissen bewegenden Römervolke der Stoff der Dinge als die Haupt-, deren in der Regel kunstlose Form aber als blosser Nebensache erschien. Seitdem jedoch durch den in Rom erblühenden Gewerbe- und Kunstsinne der Stoff diese seine vormalige Bedeutsamkeit der Form gegenüber einzubüssen begann, da erkannten die beiden Coryphäen unter den römischen Juristen zur Zeit der ersten Imperatoren: PROCLUS und NERVA sehr wohl, dass die allgemeinen Grundsätze der *in rem alienam factae impensae* unzureichend geworden waren, um als ein Massstab für jegliche Veränderung des Stoffes zu dienen; sie fühlten die Nothwendigkeit das bisher gültige Recht über diesen Gegenstand als der höheren Bildung ihres Volkes nicht mehr entsprechend auf wissenschaftlichem Wege fort zu entwickeln.

Diese Nothwendigkeit leugneten freilich ihre Antagonisten auf dem Felde der Jurisprudenz: SABINUS und CASSIUS, indem sie zum Schutz der bisherigen Rechtspraxis von ihrem einseitigen Standpunkt einer ausschliesslichen Berücksichtigung des Rechtsobjectes — des Stoffes — den Satz vertheidigten:

*sine materia nulla species effici potest**).

Alles, was zum Stoff als dem Ursprünglichen hinzutritt, somit auch die Form, konnte nach ihrem Dafürhalten nie die Kraft besitzen diesen zu beherrschen, sondern musste ihm vielmehr bei einem Rechtsstreit über das Sacheigenthum wie eine blosser Accession folgen.

Dieser Argumentation gegenüber hoben aber PROCULUS und NERVA mit Recht den in ihr gänzlich negirten Willen des Menschen als des Rechtssubjectes hervor, welcher Wille sich ja in jeder Umformung eines Stoffes deutlich manifestirt, nur geriethen sie dabei in das entgegengesetzte Extrem, indem sie geradezu behaupteten:

*hunc dominum esse, qui fecerit, quia quod factum est antea nullius fuerat***).

d. h. dass sie die Bedeutung des Stoffes an und für sich bei Entscheidung dieser Frage vollständig auf Null reducirten. Weil die Sache in ihrer jetzigen Form in der Idee und dem menschlichen Willen als etwas Selbstständiges, Fürsichbestehendes gedacht erscheint, so liessen sie sich dadurch verleiten ihr eine principielle Selbstständigkeit, wo somit die Frage über das woher? ausgeschlossen bleiben müsse, einzuräumen. Es sollte nämlich ihrer Theorie gemäss der Formgeber das Product seiner Arbeit wunderlicherweise als *res nullius* nach den allgemeinen Grundsätzen über herrenlose Sachen occupiren dürfen und der *dominus rei* allein auf eine Entschädigungsklage***) mittelst Anstellung entweder der *furti actio* —

*) *fr. 7. §. 7. Dig. de acq. rer. dom.*

**) *fr. 7. §. 7. Dig. de acq. rer. dom.*

***) *GAJI comment. II. §. 79.*

falls der verarbeitete Stoff ihm von dem Verarbeiter selbst entwendet — oder der *condictio furtiva* — falls die Verarbeitung überhaupt *mala fide* begonnen war — beschränkt sein.

So sehr nun auch diese Theorie, welcher man früher gern den Einfluss der stoischen Philosophie auf die Rechtsanschauung der Proculianer zuschrieb *), darin volle Anerkennung verdient, dass sie, wie eben bemerkt wurde, zuerst die Bedeutsamkeit des menschlichen Willens für eine richtige Lösung der Frage erkannte, so irrte sie doch offenbar darin, dass sie einer schrankenlosen Eigenmacht desselben das Wort redete. Aus diesem Missgriffe allein erklärt es sich, wie PROCULUS und NERVA zu der Behauptung, dass der Stoff durch die Bearbeitung zu existiren aufgehört habe, gelangen konnten, einer Behauptung, welche von einer wirklichen Vernichtung der vorigen Sache verstanden der Wahrheit diametral entgegenläuft, während sie als blosser Fiction betrachtet jeglicher inneren Nothwendigkeit ermangelt.

§. 2. Die sogenannte *media sententia*.

Der directe Widerspruch, welcher nach dem Obigen in unserer Lehre zwischen der Anschauung des PROCULUS und NERVA auf der einen und des CASSIUS und SABINUS auf der anderen Seite statthatte und welcher sich bei der praktischen Wichtigkeit des Gegenstandes sehr bald in einen Schulstreit zwischen den Jüngern jener grossen Juristen ausbilden musste **), rief nothwendig eine vermittelnde Theorie zur

*) Man vergl. z. B. OTTO's Institutionencommentar. Basel 1760. S. 146; ECKHARD's *hermeneutica juris*. Leipzig 1802. S. 339. Neuerdings that es der Philolog REIN im röm. Privatrecht. 1836. S. 152.

**) §. 25. *Inst. de rerum divisione*.

Beseitigung der beiderseitigen Extreme in's Leben. Als eine solche Vermittlerin, als *media sententia* *), wird dieselbe denn auch geradezu von GAJUS bezeichnet, mit Recht oder Unrecht soll sogleich untersucht werden.

Unter den römischen Juristen erkannten nämlich einzelne sehr wohl, dass PROCULUS und NERVA in ihrer unbeschränkten Anerkennung des menschlichen Willens das Mass überschritten hatten und griffen deshalb zu folgender merkwürdiger Einschränkung desselben. Der Wille — so argumentirten sie — habe nicht schon an und für sich die Macht einen Stoff durch seine blosser Verarbeitung zu einer *res nullius* zu machen, sondern es komme hierbei eben so sehr auf diesen Stoff an. Sei selbiger nämlich von der Art, dass er durch die Verarbeitung seine ursprüngliche Wesenheit für immer eingebüsst habe, so sei die alte Sache in der That untergegangen und der Wille ihres Umformers vermöge nun mit Fug und Recht die neue Sache als sein Eigenthum in Anspruch zu nehmen; sei der Stoff dagegen ungeachtet der Verarbeitung noch in seiner Wesenheit vorhanden, so erscheine somit die Voraussetzung von PROCULUS und NERVA, dass er zu existiren aufgehört habe, als eine unbegründete und folglich ihre Theorie in diesem Falle als eine irrige. Hier müsse daher vernünftigerweise die Theorie des SABINUS und CASSIUS Platz ergreifen **).

Die Namen der Urheber dieser sogenannten vermittelnden Theorie werden uns nirgend in den auf uns gekommenen

*) Man vergl. *fr. 7. §. 7. Dig. de acq. rer. dom.* und §. 25. *Inst. de rer. div.*

**) *fr. 7. §. 7. Dig. de acq. rer. dom.*

Bruchstücken aus der juristischen Literatur der Römer erwähnt, jedoch lässt sich wenigstens die Zeit, in welcher die Theorie entstand, mit einiger Wahrscheinlichkeit auf folgende Weise bestimmen.

GAJUS trägt in seinen Institutionen *) die Theorie von SABINUS und PROCULUS vor, ohne dabei der sogenannten *media sententia* Erwähnung zu thun. In seinen *libri rerum quotidianarum* dagegen, aus denen *fr. 7. §. 7. Dig. de acquirendo rerum dominio* (41. 1.) entlehnt ist, erwähnt er sie nicht nur, sondern tritt geradezu als ihr Anhänger auf. Hier sind zwei Annahmen denkbar: entweder diese *media sententia* existirte damals noch nicht, als GAJUS seine Institutionen schrieb, sondern entstand erst in der Zeit, welche zwischen der Abfassung der Institutionen und der *libri rerum quotidianarum* (die hiernach eine spätere Arbeit von GAJUS wären,) in der Mitte lag oder sie existirte allerdings, wurde aber von GAJUS zufällig übersehen oder erst nach Abfassung der Institutionen von ihm als die richtigere Theorie erkannt oder endlich absichtlich ignorirt. Für die beiden ersten Fälle der letzteren Annahme liegt nun beim Vorhandensein eines anderen Erklärungsmittels kein logischer Grund zu ihrer Vertheidigung vor und eben so widerspricht einem absichtlichen Ignoriren der *media sententia* deren directe Approbation in *fr. 7. §. 7. Dig. de acq. rer. dom.*, wogegen die erstere Annahme, dass die *media sententia* erst nach der Abfassung der Institutionen entstanden sei, durch zwei Fragmente **) aus den

*) II. §. 79.

**) *fr. 61. Dig. de rei vindicatione* (6. 1.) und *fr. 14. §. 3. Dig. de conditione furtiva* (13. 1.)

Schriften JULIAN'S, eines älteren Zeitgenossen von GAJUS, unterstützt wird, in denen dieser die Sabinische Theorie vertheidigt, ohne jene *media sententia* auch nur leise zu berühren.

So viel liegt übrigens — möge man nun hinsichtlich des Alters der *media sententia* unsere Hypothese gutheissen oder mit KOCH *) und VANGEROW **) an ein höheres Alter derselben glauben — jedenfalls auf der Hand, dass sie zur Zeit des Höhepunktes der römischen Rechtswissenschaft vollständig in das Bewusstsein der Juristen übergegangen war. Es beweisen das folgende Fragmente:

POMPONIUS libro 30. ad Sabinum:

Ubi simul plura contribuuntur, ex quibus unum medicamentum fit aut coctis odoribus unguenta facimus, nihil hic suum vere dicere potest prior dominus; quare potissimum existimari, cujus nomine factum sit, ejus esse. (fr. 27. §. 1. Dig. de acq. rer. dominio. 41. 1.)

ULPIANUS libro 16. ad Edictum:

Idem (POMPONIUS) scribit: si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari; sed puto verius, ut et ipse significat, ejus potius esse qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet ... (fr. 5. §. 1. Dig. de rei vindicatione 6. 1.)

PAULUS libro 14. ad Sabinum:

In omnibus quae ad eandem speciem reverti possunt dicendum est si materia manente species duntaxat

*) a. a. O. S. 11.

**) Leitfaden für Pandectenvorlesungen Bd. 1. 1845. S. 496.

sorte mutata sit, veluti si meo aere statuam aut argento scyphum fecisses, me eorum dominum manere... Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupresseum aut laneum corpus fieret (fr. 24. und fr. 26. pr. Dig. de acq. rer. dom.)

Demnach geschah von Seiten JUSTINIAN'S durch die Approbation der *media sententia* in der That nichts anderes, als dass er sie in ein legales Gewand kleidete. Letzteres leugnete zwar neuerdings nach dem Vorgange einiger älterer Juristen FRITZ*), indem seiner Ansicht zufolge erst JUSTINIAN selbst durch einen Zusatz in den kaiserlichen Institutionen**) zu GAJUS Worten in dessen Institutionen***) (welche letztere also hier Quelle der ersteren wären), sowie durch Beifügung des Wortes *recte* in der Digestenstelle aus GAJUS****) den Streit zwischen den Anhängern von SABINUS und PROCULUS beseitigt haben soll, aber gewiss mit Unrecht. Denn schon die Fassung der Worte in den Justinianischen Institutionen:

placuit media sententia . . .

weisst bestimmt darauf hin, dass JUSTINIAN diesen Streit als durch die Praxis längst entschieden ansieht†), ganz abge-

*) Zusätze zu WENING-INGENHEIM'S Lehrbuch, Heft. 2. Freib. 1834. S. 319.

**) §. 25. *Inst. de rer. div.*

***). II. §. 79.

****) fr. 7. §. 7. *Dig. de acq. rer. dom.*

†) Man vergl. über diese Bedeutung des Wortes *placere* SCHRADER'S Institutionencommentar. 1832. *index s. v. placet*. DIRKSEN'S Manuale u. s. w. 1837. *s. v. placere* §. 3. Zwei Institutionenhandschriften haben allerdings in der fraglichen Stelle *placuit nobis*, was eher für FRITZ spräche, man vergl. aber SCHRADER'S kritische Note a. a. O. *s. v. pla-*

sehen davon, dass es ein offener Irrthum ist, wenn FRITZ*) die Institutionen des GAJUS für die Quelle der fraglichen Stelle in den Justinianischen Institutionen ansieht, da diese Quelle vielmehr, wie eine genauere Untersuchung zeigt, des GAJUS *libri rerum quotidianarum* mit einer durch den Zweck der Justinianischen Institutionen hervorgerufenen Abkürzung bilden. Mit dieser Behauptung FRITZ'ENS fällt natürlich auch die aus ihr von demselben Juristen gezogene Folgerung, dass die fragliche Digestenstelle aus GAJUS interpolirt sei, zusammen, um so mehr als selbst eine Interpolation durch Beifügung des Wortes *recte* in der fraglichen Stelle zugegeben, es schwer zu begreifen wäre, wie GAJUS, falls er in der That in den *res quotidianae*, woraus die Digestenstelle entlehnt ist, die Theorie des SABINUS vertheidigte, vernünftigerweise so schreiben konnte, wie er schrieb. In diesem Falle müsste nämlich FRITZ vielmehr nicht die Consequenz gescheut und mit ROSSHIRT**) den ganzen letzten Satz jener Digestenstelle von den Worten *videntur tamen mihi* an für einen späteren Zusatz erklärt haben, sollte man anders nicht GAJUS den Vorwurf machen, dass er sich darüber, welcher Theorie er huldigte, in der That selbst nicht klar bewusst gewesen sei.

Was nun den Werth dieser sogenannten *media sententia* anlangt, so erscheint es unzweifelhaft, dass sie keineswegs

cuit S. 191. Dass die Paraphrase des THEOPHILUS keineswegs für die Behauptung einer Beendigung des Streites durch JUSTINIAN spricht, erscheint unzweifelhaft. THEOPHILUS sagt nämlich: *τρίτη δὲ γέγονε γνώμη, μέση τις οὖσα... ἦν καὶ ὁ εὐσεβέστατος ἡμῶν ἐπέλεξαι δεσπότης*. Man vergl. auch SCHRADER a. a. O. S. 191.

*) Dasselbe thun VANGEROW a. a. O. S. 497. und ROSSHIRT, Civilrecht. 1840. Bd. 2. S. 94.

**) ROSSHIRT in seiner Zeitschrift Bd. 3. S. 261.

eine wahrhafte Vermittelung, sondern nur den Versuch einer Rectification der Theorie des PROCULUS und NERVA in sich schliesst und es ist schwer zu begreifen, wie der praktische Scharfblick der römischen Juristen einer so spitzfindigen Distinction, wie sie uns hier vorliegt, huldigen konnte. Die *media sententia* beruht nämlich offenbar gleichfalls auf der willkürlichen Annahme eines wirklichen oder fingirten Unteranges des verarbeiteten Stoffes und macht überdies nicht nur den menschlichen Willen von einem durchaus äusserlichen Umstande abhängig, sondern geräth sogar mit dem Usucapionsverbot der *res furtivae* in offenen Conflict*). So ist denn auch ihre Werthlosigkeit von mehreren neuern Juristen ausdrücklich anerkannt**) und es hat nicht an verschiedenen Vorschlägen darüber, nach welchen Kriterien die Frage über das Eigenthum an dem verarbeiteten Stoffe zu entscheiden sei, gefehlt. So behauptete z. B. CONNANUS***): es müsse darauf gesehen werden, ob die Arbeit oder der Stoff werthvoller sei, im ersteren Fall sollte dann die Sache ihrem Formgeber, im zweiten dem Eigenthümer des Stoffes gehören. THOMASIVS****) dagegen wollte bei der Verarbeitung von *res*

*) Man vergl. unten §. 5.

**) Man vergl. HAENEL in BARTH's Sammlung auserlesener Diss. Bd. 3. S. 361.; ROSSHIRT in seiner Zeitschrift Bd. 3. S. 260 fg.; STAHL, Philosophie des Rechts. 2. Aufl. 1845. Bd. 2. S. 300.

***) *commentarii juris civilis* III. 6. Seine Ansicht ist namentlich mit weiteren Ausführungen in den *code civil* Art. 570. 571. übergegangen. B. SCHILLING billigt sie bei Gegenständen der Kunst. Pandectenrecht 1844. S. 443.

****) in seiner *diss. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente* c. 3. §. 41 fgg. Für ihn erklären sich HEINECCIUS in einem Zusatz zu VINNIUS, Institutionencommentar. S. 184. und OTTO im Institutionencommentar S. 147.

fungibiles die Sache stets dem Verarbeiter zugesprochen wissen, während er bei *res non fungibiles* auf dieselbe Weise wie CONNANUS unterschied. SCHULTING*) sodann stellte die Unterscheidung auf: ob der Stoff durch die Verarbeitung an Werth verloren oder gewonnen habe, dort müsse dem Eigenthümer desselben nicht nur die Sache selbst, sondern ausserdem die aquilische Klage gegen den Verarbeiter, hier dagegen dem letzteren ein seiner Arbeit angemessener Antheil an der Sache zuerkannt werden. HUGO**) ferner, dessen Meinung RÖDER***) theilt, wollte die Frage am Liebsten von der Vernunftmässigkeit der Wiederherstellung der vorigen Gestalt der Sache abhängig gemacht wissen, während ROSSHIRT****) endlich an die Stelle „der ganzen vielfach verworrenen Lehre“ der römischen Juristen den deutschrechtlichen Grundsatz: Hand muss Hand wahren, in Anwendung zu bringen rieth.

Dogmatischer Theil.

§. 3. Begriff der technischen Ausdrücke *Specificatio* und *Specificans*†).

Die neueren Juristen bezeichnen eine derartige Umformung einer Sache, dass sie dadurch von dem Umformer in's Eigenthum erworben wird, mit dem Ausdruck *Specificatio*, Specification, während sie den Umformer selbst *Specificans*

*) in der *jurispr. Antejust.* Anmerkung zu GAIUS *epit.* II. 1. S. 83.

**) im Naturrecht. Berlin 1819. S. 395.

***) in den Grundzügen des Naturrechts. Heß. 1846. S. 233. Note 11.

****) in dessen Zeitschrift a. a. O. S. 264.

†) Man vergl. KOCH a. a. O. S. 14 fg.

cans, Specificant, nennen. Beide Bezeichnungen sind jedoch den römischen Juristen selbst völlig fremd, welche in diesem Falle entweder die allgemeine Formel: *ex aliena materia species* *) *facta* **) und *quum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit* ***), anwenden oder einen speciellen Fall in letztere substituiren, z. B.: *si ex uvis meis vinum feceris* ****), *si meis tabulis navem fecisses* †) u. s. w.

Die Ausdrücke *Specificatio* und *Specificans* wurden nun zuerst von den Glossatoren gebraucht, ohne dass uns jedoch der Name ihres Urhebers näher bekannt wäre. Ohne Zweifel zählte er aber zu den älteren unter denselben, denn jene Ausdrücke finden sich schon in der *summa institutionum* des PLACENTINUS ††), der nach SAVIGNY †††) 1192 starb, sowie in der Controversensammlung von HUGOLINUS ††††) und ebenso treffen wir sie auch in dem sogenannten BRACHYLOGUS †††††).

Beide Bezeichnungen wurden jedoch sowohl von den italienischen, als auch von den späteren Juristen durchaus in der technischen Bedeutung, wie sie oben angegeben wurde, benutzt,

*) *species* hat hier daher die Bedeutung von *forma* und bildet den Gegensatz zu *materia*. Man vergl. KOCH a. a. O. S. 7 fgg. DIRKSEN a. a. O. s. v. *species* §. 1.

**) Man vergl. z. B. §. 25. *Inst. de rer. div.*

***) Man vergl. z. B. *fr. 7. §. 7. Dig. de acq. rer. dom.*

****) z. B. bei GAJUS *inst. II. §. 79.*

†) z. B. in *fr. 26. pr. Dig. de acq. rer. dom.*

††) Man vergl. KOCH a. a. O. S. 15.

†††) in der Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter Bd. 4. S. 210.

††††) Man vergl. HAENEL, *dissensiones Dominorum*. Lpzg. 1834. S. 187.

†††††) Ausg. v. BÜCKING. Berlin 1829. *lib. II. tit. 5.*

was leider einige unter den neueren deutschen Juristen *) übersehen, indem sie dieselben ganz allgemein von einer jeden Verarbeitung und von einem jeden Formgeber ohne alle Rücksicht darauf, ob eine Veränderung des Sacheigenthums statt habe oder nicht, anwenden. Unter diesen Umständen verlieren sie nämlich nicht nur alle systematische Brauchbarkeit, sondern haben zugleich häufig eine gänzliche Unbestimmtheit im Wortsinn im Gefolge, wovon z. B. die unten von HOLZSCHUHER angezogene Stelle **) einen Beweis giebt.

In der deutschen Sprache existiren übrigens zur Zeit Ausdrücke mit gleicher technischen Bedeutung noch nicht, sondern sind Bezeichnungen wie Formgebung ***), Umformung ****), Verfertigung †) u. s. w. *promiscue* im Gebrauch.

§. 4. Systematische Stellung der Lehre von der Specification ††).

Die nicht unbedeutende Zahl von Controversen, welche in unserer Lehre auf einem im Verhältniss zu anderen Thei-

*) z. B. SELL in dessen Versuchen Bd. 1. 1833. Abhandlung 5. MACKELDEY, Lehrbuch des heutigen röm. Rechts Bd. 2. S. 44 fg. ROSSHIRT, gem. Civilrecht a. a. O. S. 93. der von einer „wahren Specification“ spricht, man vergl. auch seine Zeitschrift a. a. O. S. 262. HOLZSCHUHER, Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts Bd. 2. S. 180. Anm. m. Man vergleiche dagegen GÖSCHEN'S Vorlesungen Bd. 2. Abth. 1. S. 78 fg.

**) a. a. O. S. 180.

***) z. B. bei HUFELAND, Lehrbuch des Civilrechts. 1808. S. 299. und ROTTECK, Staatslexicon Bd. 4. S. 399.

****) z. B. bei MÜHLENBRUCH, Lehrbuch des Pandectenrechts Bd. 2. §. 248.

†) z. B. bei STAHL a. a. O. S. 300.

††) Man vergl. VINNIUS a. a. O. S. 182. HAENEL bei BARTH a. a.

len des Privatrechts engen Raum herrschen, lassen sich fast alle auf einen Grundfehler bei der Behandlung dieser Lehre zurückführen: auf den Mangel an einer gründlichen Untersuchung und Beantwortung der Frage: welche Stellung die Specification unter den übrigen Erwerbsarten des Eigenthums einzunehmen habe, einer Frage, welche von den neueren Juristen auf nicht weniger als dreifache Weise beantwortet worden ist. Nach der einen Ansicht bildet nämlich der Eigenthumserwerb mittelst Specification eine Gattung des sogenannten Accessionserwerbes*), nach der zweiten dagegen des Occupationserwerbes**), während er nach einer dritten endlich eine selbstständige Erwerbsart***) sein soll.

O. S. 359 fgg. SCHILLING, Bemerkungen über röm. Rechtsgeschichte. 1829. S. 165 fgg. ROSSHIRT, Civilrecht a. a. O. S. 93. derselbe bei MACKELDEY a. a. O. S. 246. Anm. a.

*) Sie findet sich namentlich schon in der *summa Institutionum* des PLACENTINUS (man vergl. KOCH a. a. O. S. 15). bei VOETIUS, *comm. ad Pand.* Halle 1779. Bd. 5. S. 803. OTTO a. a. O. S. 146. HÖFFNER §. 321. HOFACKER, *principia juris civ.* Tüb. 1794. S. 176. HUGO, Geschichte des röm. Rechts. 11. Aufl. S. 528 fg. und Lehrbuch des heutigen röm. Rechts. 1826. S. 84. THIBAUT, System des Pandectenrechts. 1846. Bd. 1. S. 228. und Lehrbuch der Geschichte und Inst. des röm. Rechts. 1842. S. 260. WARNEKÖNIG, *commentarii juris Rom. priv.* Bd. 1. S. 366. und *inst. juris Rom. priv.* S. 122.

**) So z. B. bei DONELLUS, *comment.* Nürnberg. 1822. Bd. 2. S. 350 fg. VINNIUS a. a. O. S. 183. LÖHR und FRITZ in des Letzteren Zusätzen zu WENING-INGENHEIM a. a. O. S. 319. KOCH a. a. O. S. 14 fgg. MAREZOLL, Institutionen des röm. Rechts. 1841. S. 160. VANGEROW a. a. O. S. 495. PUCHTA, Pandecten. 1844. S. 211. SINTENIS, gem. Civilrecht. 1844. Bd. 1. S. 488. Man vergl. auch SELL a. a. O. S. 197. Anm. 2.

***) z. B. bei HAENEL in BARTH'S Sammlung a. a. O. S. 360. SCHWEPPE, röm. Privatrecht. 1822. S. 190. und röm. Rechtsgeschichte.

Eine genauere Untersuchung ergibt, dass von diesen drei Ansichten nur die mittlere mit der sogenannten *media sententia* im Einklange steht. Denn diese enthält, wie oben auszuführen versucht wurde, in der That nur eine Entscheidung der Frage: unter welchen Voraussetzungen gemäss der Theorie des Proculus und Nerva bei einer stattgefundenen Verarbeitung eines Stoffes eine *res nullius* vorliege, d. h. also wann der Formgeber die angefertigte Sache zu occupiren befugt sei?

Gegen diese Auffassung der sogenannten *media sententia* wird freilich und zwar insbesondere von den Vertheidigern der Stellung der Specification unter die Gattungen der Accession der Einwand erhoben, dass ja GAJUS selbst, der sich doch unzweifelhaft im *fr. 7. §. 7. Dig. de acq. rer. dom.* als Anhänger der *media sententia* gerire, die Specification in eben diesem Fragment nicht unter den Arten der Occupation, sondern der sogenannten Accession abhandle. Dieser Einwand lässt sich jedoch theils damit, dass die römischen Juristen, „zufrieden mit der Schärfe und Sicherheit ihrer Begriffe“, bekanntlich dem Systeme selbst keine grosse Sorgfalt zuwendeten, theils auf historischem Wege beseitigen*). SABINUS und CASSIUS

1826. S. 399. SEUFFERT, Pandectenrecht. 1825. S. 173. WENING-INGENHEIM, Civilrecht. 1827. S. 204. SCHILLING, Lehrbuch u. s. w. 1837. Bd. 2. S. 531. GÖSCHEN a. a. O. S. 71. ROSSHIRT, Civilrecht a. a. O. S. 93. MACKELDEY a. a. O. S. 44 fg. PUCHTA, *Cursus der Institutionen* Bd. 2. S. 659. (m. vergl. die vorhergehende Note.) CHRISTIANSEN, Institutionen. 1843. S. 209. MÜHLENBRUCH, Institutionen. 1842. S. 159 und Pandectenrecht Bd. 2. S. 82. B. SCHILLING, Pandectenrecht S. 442.

*) Man vergl. HAENEL in der Sammlung von BARTH a. a. O. S. 359 fg.

fassten nämlich nach dem Obigen die Specification aus dem Gesichtspunkt einer Accession der Arbeit zur Materie auf. Nun wurde aber das von SABINUS in seinen *libri tres juris civilis* aufgestellte System — wo also die Specification natürlicherweise unter den Gattungen der Accession stand — in seinen Grundzügen auch von den späteren römischen Juristen beibehalten*). So erklärt es sich leicht, wie GAJUS, obgleich er in der Lehre von der Specification die von SABINUS vertheidigte Theorie aufgegeben hatte, dennoch hinsichtlich ihrer Stellung im System ihren gleichsam schon verjährten Besitzstand unverändert liess. Die Wahrheit dieser Behauptung wird insbesondere noch durch eine Vergleichung dreier Paulinischen Fragmente: *fr. 3. §. 21. Dig. de acq. vel amitt. possessione* 41. 2. mit *fr. 24. und fr. 26. §. 1. Dig. de acq. rer. dom.* augenscheinlicher. Während nämlich PAULUS im *fr. 3. §. 21. Dig. de acq. vel amitt. poss.* die Occupation und Specification auf solche Weise zusammen nennt, dass daran, dass er sie sich im engsten Verbande mit einander denkt, nicht zu zweifeln ist, befolgt er in den beiden anderen Fragmenten, welche aus seinen *libri ad Sabinum* excerptirt sind, begreiflicherweise gleich GAJUS das System von SABINUS.

Die Haltlosigkeit der Auffassung der Specification als Gattung der Accession springt aber überdies an und für sich durch folgende Betrachtung in die Augen. Der sogenannte Accessionserwerb setzt bekanntlich stets zwei Sachen: eine Haupt- und Nebensache voraus. Die Vertheidiger jener Auffassung haben daher behauptet, es bilde hier die Form die

*) Man vergl. UNGER, *de duorum praecipuorum jurisprudentiae apud veteres systematum indole et origine lib.* 1834. S. 19 fg. PUCHTA, *Cursus der Institutionen* Bd. 1. S. 440.

res principalis, und die *materia* die *res accessoria*. Indess selbst abgesehen davon, dass es als etwas Ungewöhnliches erscheint, wie auch THIBAUT*) zugestehet, die Form eine Sache zu nennen, so widerstreitet diese Auffassung durchaus den Grundsätzen der Accession selbst, nach denen, wenn wir uns auch darüber hinwegsetzen wollten, die Form als Sache zu behandeln, diese doch niemals Haupt-, sondern nur Nebensache sein könnte**), so dass also diejenigen Juristen, welche die Specification den Accessionsarten zuzählen, consequenterweise, wie SCHILLING***) treffend bemerkt, die gefertigte Sache nicht dem Formgeber, sondern dem Eigenthümer des Stoffes zusprechen müssten.

Auf gleiche Weise erscheinen ferner auch diejenigen Argumente, welche für die Specification als selbstständige Erwerbsart sprechen sollen, bei genauerer Betrachtung als hinfällig. So beruht z. B. die Behauptung MÜHLENBRUCH's****), nach welcher sich der Erwerb durch Specification dadurch bestimmt vom Occupationserwerb unterscheiden soll, dass er ausser der einseitigen Apprehensionshandlung die Vollendung der Umformung einer Sache erfordere, offenbar auf einer Verwechselung des die Möglichkeit der Occupation vorbereitenden Actes mit der wirklichen Occupationshandlung. Denn in soweit die Umformung einer Sache nicht vollendet ist, existirt ja nach der sogenannten *media sententia* in demselben Verhältniss noch der Stoff in seiner bisherigen Form und liegt

*) im System des Pandectenrechts a. a. O. S. 228. Anm. k.

**) Man vergl. HAENEL a. a. O. S. 339. KOCH a. a. O. S. 15 fg. und SCHILLING, Bemerkungen u. s. w. S. 165.

*** a. a. O. S. 165.

****) im Lehrbuch der Institutionen S. 159.

folglich für den Verarbeiter ein Fall, wo er den *animus rem sibi habendi* manifestiren könnte, gar nicht vor. Dieser *animus* ist vielmehr erst dann denkbar, wenn die vom Formgeber gewollte Sache vollendet, der Stoff also consumirt ist. Und hier erscheint alsdann die Occupationshandlung beendet, sobald sich der Specificant des *animus rem sibi habendi* vollständig bewusst war. Die gefertigte Sache ist also allerdings streng genommen ein Moment hindurch herrenlos, was MÜHLENBRUCH gleichfalls in Abrede stellt*), aber dieser Zustand der Herrenlosigkeit dauert nur so lang, als der Specificant von dem Moment der vollendeten Umformung des Stoffes an gerechnet Zeit bedarf den *animus rem sibi habendi* fassen zu können, ein Zeitmass, welches freilich die Occupation der Sache von Seiten eines Dritten zur Unmöglichkeit macht.

Auch der Einwand ROSSHIRT'S**) ferner, dass bei einer Unterordnung der Specification unter die Arten der Occupation höchstens von einer „relativen Occupation“ geredet werden könnte, weil ja nicht ein Jeder, sondern eben nur der Specificant den *animus rem sibi habendi* haben dürfe, beweist nur die unanstreitbare Richtigkeit dessen, dass die römischen Juristen besser gethan, wenn sie nicht zur Behauptung von einer Occupation des verarbeiteten Stoffes gegriffen hätten, keineswegs aber dass solche ihnen auch in der That fremd geblieben ist.

*) a. a. O. S. 160. Anm. 4. Dasselbe thut ROSSHIRT in seiner Zeitschrift a. a. O. S. 260.

**) im Civilrecht a. a. O. S. 93.

§. 5. Der Specificant.

Aus einer richtigen Auffassung der Stellung unserer Lehre im Rechtssystem ergibt sich mit Evidenz, dass der Specificant für den Erwerb der verarbeiteten Sache wie überall in Fällen der Occupation allein des *animus rem sibi habendi* bedarf. Nimmt er daher die Specification nicht *suo*, sondern *alieno nomine* vor, so erwirbt er durch jenen *animus* auch nicht für sich, sondern für denjenigen, in dessen Auftrag er specificirt hat*).

So einfach und unzweifelhaft nun diese Theorie erscheint, ist sie dennoch erst in neuerer Zeit *communis opinio doctorum* geworden. Nach der Ansicht der älteren Juristen**) nämlich war ausserdem *bona fides* von Seiten des Verarbeiters ein nothwendiges Erforderniss für den Eigenthumserwerb an der verfertigten Sache.

Diese Ansicht findet ihren nächsten Erklärungsgrund in dem

*) Man vergl. *fr. 25. fr. 27. §. 1. Dig. de acq. rer. dom.*

**) Dieser Irrthum über die Nothwendigkeit der *bona fides* in der Person des Specificanten zieht sich mit den Glossatoren beginnend (man vergl. z. B. die Glosse ad §. 25. *Inst. de rer. divis.*) durch die Schriften der Commentatoren, z. B. des BARTOLUS (Werke. Basel 1562 Bd. 1. *comm. ad fr. 5. §. 1. Dig. de rei vindicatione*), der französischen Schule (DONELLUS a. a. O. S. 352. CUIACIUS Bd. 5. S. 613.), der niederländischen (z. B. VINNIUS S. 183.) und deutschen Juristen (z. B. BRUNNEMANN ad *fr. 7. Dig. de acq. rer. dom.* LAUTERBACH, *colleg. theor. pract. tit. de acq. rer. dom.* §. 87. HOFACKER a. a. O. S. 953. u. s. w.) bis in den Anfang unseres Jahrhunderts. Neuerdings unternahm SELL seine Vertheidigung a. a. O. S. 194 fgg. Frei von demselben erhielten sich übrigens aus der Zahl der älteren Juristen BACHOV, *Institutionencommentar*. Frankf. 1628. S. 265. VOET a. a. O. S. 804. HOEFNER a. a. S. 322. u. a. Gegen ihn kämpfte zuerst mit Gründlichkeit SEUFFERT in dessen Erörterungen Bd. 2. S. 18 fgg.

der Mehrzahl ihrer Vertheidiger zu machenden Vorwurf einer unrichtigen Auffassung der systematischen Stellung der Specification, als tieferer erscheint jedoch der Umstand, dass hier die neuere Jurisprudenz durch Herbeiziehung der *bona fides* unbewusst eine Fortbildung des römischen Rechts versuchte. Sie fühlte nämlich sehr wohl die Nothwendigkeit den Willen des Specificanten durch die moralische Macht der *bona fides* in seine vernünftigen Grenzen einzuschränken und sie irrte nur darin, dass sie diesen an und für sich richtigen Gedanken für die Ansicht der römischen Juristen selbst ausgab. Auf diese Weise erklärt es sich denn auch, wie einzelne neuere Juristen, welche den Erwerb durch Specification richtig als eine Unterart der Occupation erkannten (so DONELLUS, VINNIUS und SELL), dennoch die Nothwendigkeit der *bona fides* in der Person des Specificanten, unbekümmert um den Widerspruch, in den sie dadurch mit sich selbst geriethen, zu erweisen versuchten. — Es wurden aber von den Vertheidigern der *bona fides* namentlich folgende Fragmente aus den Schriften der römischen Juristen als Belege für jene Nothwendigkeit angeführt.

JULIANUS libro 22. Digestorum:

Idem juris est uvis surreptis; nam et mustum et vinacea jure condici possunt (fr. 14. §. 3. Dig. de conditione furtiva. 13. 1.)

JULIAN war jedoch ein Anhänger der Theorie des SABINUS und CASSIUS, wie sich aus fr. 61. Dig. de rei vindicatione (6. 1.) unzweifelhaft ergiebt, und er musste also in jedem Fall, einerlei ob der Specificant sich *in mala* oder *bona fide* befand, die specificirte Sache dem Eigenthümer des Stoffes zusprechen.

ULPIANUS libro 37. ad Edictum:

Si quis massam meam argenteam surripuerit et pocula fecerit, possum vel poculorum, vel massae furti agere, vel condicione. Idem est et in uvis et in musto et in vinaceis, nam et uvarum et musti et vinacearum nomine furti agere potest, sed et condici. (fr. 52. §. 14. Dig. de furtis 47. 2.)

ULPIAN stellt hier zwei Fälle zusammen: die Verfertigung eines Pokals aus gestohlenem Silber und die Bereitung von Most aus gestohlenen Weintrauben. Er lehrt dann, dass der Eigenthümer des Silbers sowohl den angefertigten Pokal, als das rohe Silber (falls nämlich der Pokal in der Folge wieder eingeschmolzen sein sollte) beliebig mit der *furti actio* oder *condictio furtiva* von dem Besitzer zurückfordern dürfe. Das erscheint denn auch ganz unzweifelhaft! Nun fährt jedoch ULPIAN so fort. Ebenso dürfe der Eigenthümer der gestohlenen Weintrauben sowohl wegen dieser, als des daraus bereiteten Mostes und der Weinbeerhülsen die *furti actio* und *condictio furtiva* anstellen. Hier liegt es nun offen auf der Hand, dass ULPIAN unmöglich an eine wirkliche Restitution jener gestohlenen Sachen denken konnte, da ja die Weintrauben im gegebenen Fall vernünftigerweise gar nicht mehr existiren. ULPIAN will vielmehr nur sagen, dass der Eigenthümer jener Weintrauben, statt deren jetzt theils der Most, theils die leeren Hülsen existiren, seinen Entschädigungsanspruch entweder unter dem Titel der ihm wirklich gestohlenen Weintrauben, oder unter dem des gegenwärtig existirenden Mostes und der Weinbeerhülsen mit der *actio furti* und *condictio furtiva* erheben könne. Das von ULPIAN an dieser Stelle gebrauchte und beim ersten Blick zweideutige *idem* bezieht sich

also auf eine Identität der Rechtsmittel, nicht auf eine Identität des Resultates bei ihrer Benutzung. Der Einwand SELL'S *) gegen diese Auffassung der Worte ULPIAN'S beruht allein auf einer willkürlichen Anschauung über die Natur der *condictio furtiva*, wie ROSSHIRT **) gut nachgewiesen hat.

PAULUS libro 26. ad Edictum:

Si quis ex uvis meis mustum fecerit vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta: quum sciret haec aliena esse utriusque nomine ad exhibendum tenebitur, quia quod ex re nostra fit nostrum esse verius est (fr. 12. §. 3. Dig. ad exhibendum 10. 4.)

PAULUS libro 54. ad Edictum:

Si ex lana furtiva vestimenta feceris verius est, ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit (fr. 4. §. 20. Dig. de usurpationibus et usucapionibus 41. 3.)

Auf diese beiden Stellen des PAULUS stützen sich vorzüglich die Vertheidiger der *bona fides*. Doch lassen sie sich vollständig folgendermassen beseitigen.

Es konnte dem Scharfblick eines PAULUS keineswegs die Willkürlichkeit des in der sogenannten vermittelnden Theorie für die Eigenthumsfrage als entscheidend bezeichneten Moments der Nichtreducirbarkeit des Stoffes in seine vormalige Form entgehen. Es musste ihm absurd erscheinen, dass z. B. eine *res furtiva* zwar nicht durch Usucapion, wohl aber durch Specification vom Diebe erworben werden konnte, ja vielleicht gerade dieses Resultat, wozu ohne Zweifel die Consequenz der

*) a. a. O. S. 201 fgg.

**) in seiner Zeitschrift a. a. O. S. 263.


media sententia führt, machte ihn aus einem Vertheidiger derselben, als welcher er in mehreren Fragmenten aus seinen Schriften erscheint *), zu ihrem Gegner und zu einem Anhänger der zu seiner Zeit allgemein aufgehobenen Theorie des SABINUS und CASSIUS. Aus diesem Grunde findet er sich denn auch veranlasst mit einigem Nachdruck den Satz auszusprechen:

quod ex re nostra fit nostrum esse verius est.

Zwar wollen einige Juristen, denen sich neuerdings auch VANGEROW **) anschliesst, diese letzteren Worte von PAULUS deshalb, weil er sich sonst ganz unzweifelhaft als Anhänger der *media sententia* gerirt, dahin interpretiren, als wenn sie nur den Gedanken enthielten, dass dem Eigenthümer des verarbeiteten Stoffes überhaupt ein durch eine Klage zu realisirender Anspruch, der jedoch nicht gerade auf eine Restitution des Eigenthums an dem verarbeiteten Stoffe gehe, zuständig sei. Doch erscheint diese Interpretation den klaren Worten des so präcisen PAULUS gegenüber allzu gewaltsam und verdient gewiss eben so wenig Beifall, wie das radicale Heilmittel, welches HAENEL ***) zur Beseitigung jener fatalen Worte anwendet, indem er sie ganz offenherzig für eine Interpolation erklärt.

Erscheint es nun nach dem Bisherigen als ganz unzweifelhaft, dass für den Eigenthumserwerb an einer specificirten Sache *bona fides* in der Person des Specificanten keineswegs

*) Man vergl. z. B. fr. 24. Dig. de acq. rer. dom. (dazu VOETIUS a. a. O. §. 21 und GÖSCHEN a. a. O. S. 81. Anm. 3.) fr. 26. pr. D. eod. fr. 30. §. 4. Dig. de acquirenda vel amittenda possessione (41. 2.) fr. 78. §. 4. Dig. de legatis III.

**) a. a. O. S. 498. 

***) bei BARTH a. a. O. S. 362.

erforderlich ist, so haben sich dennoch die neueren Juristen zu einer Anerkennung dieses Satzes in seiner ganzen Consequenz nicht entschliessen mögen. Vielmehr sind sie durch die beiden letzterwähnten Paulinischen Fragmente dazu verleitet worden, wenigstens einen Ausnahmefall rücksichtlich der *res furtivae* zu statuiren, entweder in allgemeinerer Weise *) dergestalt, dass gestohlene Sachen überhaupt nicht oder specieller so, dass sie nur nicht von dem Diebe durch Specification **) in's Eigenthum erworben werden sollten. Dieser Ausnahmefall erscheint jedoch in der That als nichts weiteres, denn als der letzte grüne Zweig jenes Irrthums, welcher in unserer Lehre auf dem Boden der *bona fides* erwuchs und so wird er also, da jener Boden unter ihm zur Zeit schon eingesunken ist, zweifelsohne in kurzer Zeit dahinwelken. — Eine eigenthümliche Ansicht übrigens, welche offenbar eine Rectification der so eben berührten über gestohlene Sachen ist, stellte PUCHTA ***) auf. Nach seiner Meinung schliessen nämlich jene beiden Paulinischen Fragmente einen Eigenthums-erwerb an der gefertigten Sache nur in dem Falle aus, wo ihr Verfertiger nicht blos gewusst, dass der verarbeitete Stoff ein fremder war, sondern geradezu in der positiven Absicht einen rechtswidrigen Gewinn zu machen die Verarbeitung vorgenommen hatte. Das Erforderniss eines derartigen

*) Man vergl. z. B. SELL a. a. O. S. 215.

**) Man vergl. z. B. THIBAUT a. a. O. S. 228. MÜHLENBRUCH, Pandectenrecht a. a. O. S. 83. PUCHTA, Vorlesungen über das heutige röm. Recht Bd. 1. 1847. S. 302.

***) Man vergl. dessen Cursus der Inst. Bd. 2. S. 666. Anm. m. und Pandecten S. 212. Anm. h. Man sehe auch MÜHLENBRUCH, Pandectenrecht a. a. O. S. 83.

dolus in der Person des Verarbeiters eines Stoffes wird aber in beiden fraglichen Fragmenten nicht einmal leise angedeutet, abgesehen davon, dass selbst dasselbe zugestanden, sein Werth in der Rechtspraxis sich auf Null reduciren müsste, da für den Eigenthümer eines verarbeiteten Stoffes der Beweis, dass der Formgeber die Umformung allein zum Zweck eines rechtswidrigen Gewinns unternommen habe, regelmässig zu einer *probatio diabolica* ausschlagen würde. So scheint denn PUCHTA *) selbst in der Folge diese Interpretation der Paulinischen Fragmente aufgeben zu haben.

§. 6. Der specificirte Stoff.

Jeder Eigenthumserwerb vermitteltst des blossen *animus rem sibi habendi* setzt nothwendig eine *res nullius* voraus. Als eine solche soll nun nach der sogenannten vermittelnden Theorie eine Sache alsdann angesehen werden, wenn der Stoff, aus welchem sie bereitet worden ist, nicht wieder hergestellt werden kann. Dabei erscheint es der Natur der Sache nach als gleichgültig, ob dieser Stoff vor seiner Verarbeitung roh oder schon in eine künstliche Form gebracht war **). Als Beispiele einer stattgefundenen Specification benutzen die römischen Juristen in den auf uns gekommenen Fragmenten aus ihren Schriften den Wein, das Oel, Webstoffe, Holz- und Marmorarbeiten ***). Der Fall des Ausdreschens von Getraide

*) Man vergl. dessen Vorlesungen a. a. O. S. 302.

**) Man vergl. KOCH a. a. O. S. 17 fg. HAENEL bei BARTH S. 357. 361. WOLFFSON, *de rerum compositarum dominio atque possessione diss.* Gött. 1838. VANGEROW a. a. O. S. 497. Man vergl. übrigens auch THIBAUT a. a. O. S. 229.

***) Man vergl. z. B. *fr.* 7. §. 7. *fr.* 26. *pr. fr.* 27. §. 1. *Dig.*

aus fremden Aehren erscheint unter ihnen als streitig, indem die Urheber der sogenannten *media sententia* auch hier eine Specification annahmen, während einige ihrer Anhänger erklärten:

qui excussit spicas non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit *).

Wie unter den römischen Juristen, so hat es übrigens auch in neuerer Zeit nicht an Streit darüber, ob im speciellen Fall eine Specification vorliege oder nicht, gefehlt. So z. B. erkannten einzelne Juristen das blosse Auspressen von Weintrauben und Oliven für eine Specification an, während es andere leugneten. Offenbar ist hier jedoch das Erstere das Richtigere, denn in beiden Fällen liegt sowohl eine positive Thätigkeit von Seiten des Verarbeiters jener Stoffe, als eine *species* vor, welche nicht mehr in ihre ursprüngliche Form gebracht werden kann.

Der verarbeitete Stoff kann überhaupt in einer dreifachen Beziehung zu seinem Verarbeiter gestanden haben. Er kann diesem nämlich entweder ganz vollständig, oder nur zum Theil oder endlich gar nicht angehört haben.

Betrachten wir zuvörderst den ersten Fall, so fragt es sich, ob in demselben der Verarbeiter die gefertigte Sache fortan auf den Grund der stattgefundenen Specification oder kraft seines ursprünglichen Eigenthumsrechtes besitzt. Letzteres scheint als von der Mehrzahl unserer Juristen stillschweigend

de acq. rer. dom., fr. 78. §. 4. Dig. de legatis III. §. 25. Inst. de rer. div.

*) *fr. 7. §. 7. Dig. de acq. rer. dom.* Man vergl. GÖSCHEN a. a. O. S. 83. VANGEROW a. a. O. S. 497. 647

zugestanden, von einigen ist es ausdrücklich ausgesprochen *), Ersteres dagegen vertheidigt HAENEL **) aus dem Grunde, weil der Stoff durch die Specification zu existiren aufgehört habe und die gefertigte Sache somit einer Erwerbshandlung von Seiten des Specificanten bedürftig geworden sei. Wir erkennen nicht die Consequen^z dieser HAENEL'schen Ansicht, doch zweifeln wir, dass die römischen Juristen jene wunderliche Theorie vom Untergange des verarbeiteten Stoffes zum Besten einer starren Consequen^z dazu benutzt haben ein an und für sich klares Rechtsverhältniss, wie ein solches in unserem Fall vorliegt, absichtlich zu trüben und verwirren. Deshalb erscheint uns denn auch die fragliche Consequen^z als durchaus verwerflich.

Was nun die beiden anderen Fälle anlangt, in denen somit allein von einer Specification die Rede sein kann, so steht mit ihnen eine Controverse in Berührung, deren Lösung bis auf die Gegenwart nicht gelungen ist. Es fragt sich hier nämlich, ob diese beiden Fälle einerlei Grundsätzen unterworfen sind oder nicht? Die meisten Juristen ***) haben von

*) z. B. von HOEFFNER a. a. O. S. 237. SCHILLING, Institutionen S. 190. GÖSCHEN S. 79 fg. u. a.

**) bei BARTH a. a. O. S. 358 fg.

***) so z. B. BACHOV a. a. O. S. 265. VOET a. a. O. S. 803. ELEN, *diatribe ad jus civile l. 2. c. 2.* (in OTTO's thesaurus jur. Romani Bd. 2. S. 1419 fg). WALCH, *introductio in controversias jur. civilis.* Jena 1786. S. 128. HOFACKER a. a. O. S. 176 fg. HOEFFNER a. a. O. S. 238. HAENEL bei BARTH a. a. O. S. 359. KOCH a. a. O. S. 24 fg. SEUFFERT a. a. O. S. 173. WARNKÖNIG, *comment.* a. a. O. S. 367 fg. *institut.* S. 122. WENING-INGENHEIM a. a. O. S. 235. HUGO, *Lehrbuch* S. 86., *Rechtsgeschichte* S. 923. THIBAUT a. a. O. S. 229. SELL a. a. O. S. 211 fg. SCHRADER a. a. O. S. 193. MACKELDEY a. a. O. S. 44. GÖSCHEN a. a. O. S. 81.

jeder für die Verneinung der Frage gestimmt und zwar in der Weise, dass das Erforderniss der Unmöglichkeit der Restitution des verarbeiteten Stoffes nur da in Frage kommen sollte, wo der Stoff ein vollständig fremder war, wogegen bei der Verarbeitung eines theilweise dem Verarbeiter, theilweise einem Dritten angehörigen Stoffes die gefertigte Sache in jedem Falle ihrem Verfertiger gehören müsse. Sie stützen sich dabei namentlich auf den §. 25. *Inst. de rerum divisione* (2. 1.)

... post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium: si ea species ad materiam reduci possit eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit, si non possit reduci eum potius intelligi dominum, qui fecerit. Ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem vel oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium aut ex sua et aliena lana vestimentum fecerit, dubitandum non est hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, quum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiae praestavit.

ROSSHIRT, Civilrecht a. a. O. S. 93. WOLFFSON a. a. O. S. 7 fg. MÜHLENBRUCH, Pandectenrecht S. 83. MADAI, ebendas. S. 84. ANM. 3. CHRISTIANSEN a. a. O. S. 209. u. s. w.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass obenstehende Worte jene Behauptung enthalten könnten. Dennoch müssen wir aber, wenn wir nicht einen Conflict dieser Institutionenstelle mit zwei Pandectenfragmenten*) und mit der Vernunft der Sache zugeben wollen, nach einer anderen Erklärung suchen. Eine solche ist nun vorhanden, falls wir das Wort *quodsi* in der Institutionenstelle nicht als den Ausdruck eines directen Gegensatzes der darauf folgenden Worte mit dem Voranstehenden, sondern als blosse Verbindungspartikel auffassen**). Alsdann ist nämlich der paraphrasirte Sinn des mit *quodsi* beginnenden Satzes folgender: es unterliege keinem Zweifel, dass in den Fällen, wo schon der fremde Stoff an und für sich genügen würde, um die aus ihm gefertigte Sache als eine Specification erscheinen zu lassen, der Specificant um so mehr einen Anspruch auf die gefertigte Sache haben müsse, wenn er bei deren Verfertigung von einem ihm angehörenden Stoff zugesetzt habe. Bei dieser Interpretation erscheint es daher keineswegs als blosser Zufall, sondern vielmehr als eine Absichtlichkeit von Seiten der Verfasser der Institutionen, dass in den aufgeführten Beispielen nur Fälle, in denen eine Specification statthat, vorliegen. Und diese Behauptung einer Absichtlichkeit gewinnt sehr an Wahrscheinlichkeit, wenn wir wegen der Worte *ejusdem materiae*, welche nur auf eines der Beispiele, die Wolle, vollkommen passt, eine Beifügung der anderen beiden durch jene Institutionenverfasser annehmen wollen,

*) mit *fr. 12. §. 1. Dig. de acq. rer. dom. und fr. 5. §. 1. Dig. de rei vindicatione* (6. 1.), s. unten im Text.

**) Diese Interpretation findet sich schon bei DONELL a. a. O. IV, 12. §. 5. und VINNIUS a. a. O. S. 185.

wobei wir also die Meinung einiger Juristen, dass der Schlussatz des §. 25. *Inst. de rerum div.* einen selbstständigen Zusatz jener enthalte, fallen lassen.

Die beiden Pandectenfragmente ferner, aus denen mit Bestimmtheit hervorgeht, dass für beide Specificationsfälle einerlei Grundsätze gelten, sind folgende:

CALLISTRATUS *libro 2. Institutionum:*

si aere meo et argento tuo conflato aliqua species facta sit, non erit ea nostra communis, quia quum diversae materiae aes atque argentum sit ab artificibus separari et in pristinam materiam reduci solet. (fr. 12. §. 1. Dig. de acq. rer. dom.)

CALLISTRATUS setzt an dieser Stelle stillschweigend voraus, dass der Verarbeiter fremden Erzes, trotz des zugesetzten eigenen Silbers, die gefertigte Sache nicht in's Eigenthum erwirbt, und untersucht nun die weitere Frage, ob im gegebenen Falle nicht wenigstens ein sogenanntes *condominium* Platz ergreife.

ULPIANUS *libro 16. ad Edictum:*

Idem (POMPONIVS) scribit: si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum quosdam existimasse id quoque communicari, sed puto verius, ut et ipse significat, ejus potius esse, qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet . . . (fr. 5. §. 1. Dig. de rei vindicatione 6. 1.)

ULPIAN erwähnt hier als Erwerbsgrund des zubereiteten Methes nicht der Arbeit von Seiten des Methbrauers, sondern giebt als solchen mit klaren Worten den allgemeinen der Nichtreducirbarkeit des fremden Weines an. Wenn es dabei auf den ersten Blick scheinen könnte, als ob der hier von ULPIAN ausgesprochene Satz nicht allgemein anerkannt

worden wäre, wie z. B. auch KOCH *) behauptet hat, so ergibt doch eine genauere Prüfung das Gegentheil. ULPIAN schreibt hier nämlich in den Worten *quosdam existimasse id quoque communicari* dem POMPONIVS offenbar eine bloß historische Bemerkung nach, welcher unter jenen Dissidenten unzweifelhaft die Sabinianer, aus deren Theorie sich im gegebenen Fall ein sogenanntes *condominium* zwischen dem Methbrauer und dem Eigenthümer des Weines ergibt, gemeint hat.

Auf die beiden ebenerläuterten Fragmente von CALLISTRATUS und ULPIAN haben sich nun mit Fug und Recht von jeher die Gegner jener versuchten Unterscheidung der beiden Specificationsfälle gestützt **). Offenbar spricht aber überdiess für die Richtigkeit der Ansicht von der Identität jener Fälle einestheils die Consequenz und anderentheils der Umstand, dass die entgegengesetzte Ansicht im concreten Falle oft zu höchst unangemessenen Entscheidungen führen muss, wo nämlich das Minimum des dem Verarbeiter gehörigen Stoffes allein um der werthlosesten Arbeit willen das Maximum eines fremden Stoffes, wo ein Loth eigenen Silbers viele Pfunde fremden Silbers überwiegen müsste!

*) a. a. O. S. 12., 26.

**) Zu denselben gehören namentlich die älteren Juristen bis auf BACHOV ohne Ausnahme (man vergl. VINNIUS a. a. O. S. 18.), unter den neueren nur wenige, so: WESTPHAL a. a. O. S. 373. HUFELAND S. 299. SCHWEPPE a. a. O. S. 190. VANGEROW a. a. O. S. 497 fg. SINTENIS a. a. O. S. 488. Anm. 16. PUCHTA, Pandecten S. 228. Anm. 6. HOLZSCHÜHER a. a. O. S. 180 fg.

§. 7. Die Rechtsmittel in der Person des Eigenthümers eines specificirten Stoffes.

Da nach der sogenannten *media sententia* der Stoff durch die Specification zu existiren aufgehört hat, so stellt sich die Verbindlichkeit des Specificanten dem *dominus materiae* gegenüber als vollständig analog der eines sonstigen gewesenen Besitzers einer Sache zu deren Vindicanten dar und in der That greifen hier auch die allgemeinen Grundsätze, welche für jenen Fall gelten, mit einer einzigen unten zu erwähnenden Modification Platz. Es haftet nämlich der Specificant und zwar zuvörderst in dem Falle, wo er bei der Verarbeitung des fremden Stoffes *bona fide* verfuhr, so wenig für den Verlust der durch die Specification untergegangenen vorigen Sache, wie sonst ein *bonae fidei possessor* für den Verlust der von ihm besessenen Sache einsteht*).

GAJUS libro 30. ad Edictum provinciale.

si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris, sine dolo malo te desisse possidere, deinde postea coeperis possidere et ego a te petam, non nocebit mihi exceptio rei judicatae. (fr. 17. Dig. de exceptione rei judicatae 44. 2.)

Merkwürdigerweise hat sich jedoch gegen diese Auffassung einer Analogie zwischen dem Specificanten in *bona fide* und dem *bonae fidei possessor* die Mehrzahl der Juristen**) er-

*) Es behaupteten dieses schon unter den Glossatoren ROGERIUS, HUGO und JOANNES BASSIANUS bei HAENEL, *dissensiones Dominorum* S. 187., in neuester Zeit z. B. KOCH a. a. O. S. 39 fg. und FABRICIUS, *de obligatione ejus, qui rem bona fide ante susceptum judicium petitorium possidere haud dolo malo desit diss.* GÖLL. 1832. S. 11.

**) Man vergl. z. B. HAENEL bei BARTH a. a. O. S. 364. SELL

klärt, indem sie dem Specificanten trotz seiner *bona fides* die Verbindlichkeit auferlegt: dem Eigenthümer des verarbeiteten Stoffes insoweit einen Ersatz zu leisten, als er durch die Specification reicher geworden ist. Sie beruft sich dabei theils auf die Rechtsregel: *aequum est neminem cum damno alterius fieri locupletiores**), welche jedoch durch ihre Allgemeinheit in der That nichts beweist, theils auf

PAULUS libro 21. ad Edictum:

Item quaecunque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest; sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur, scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim si statuæ suæ ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminationis per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. (fr. 23. §. 5. Dig. de rei vindicatione 6. 1.)

Diese Stelle des PAULUS handelt jedoch von Fällen der Accession und kann bei gänzlicher Verschiedenheit der Voraus-

a. a. O. S. 89 fg. GÜSCHEN a. a. O. S. 82. VANGEROW a. a. O. S. 499. SINTENIS a. a. O. S. 488. HOLZSCHUHER a. a. O. S. 182.

*) in fr. 206. Dig. de regulis juris (50. 17.) Man vergl. dagegen KOCH a. a. O. S. 39 fg.

setzungen nur durch die allerwillkürlichste Analogie zum Beweismittel gestempelt werden. Offenbar sind nämlich in jenen Accessionsfällen trotz der Verbindung zwei Sachen, des Vindicanten und des *bonae fidei possessor*, sehr bestimmt erkennbar, während bei der Specification gerade umgekehrt nur eine Sache vorliegt.

Wenden wir uns nun ferner zu dem Falle, wo die Specification nicht *bona*, sondern *mala fide* geschah, so haftet hier der Dieb selbst als Specificant mit der *furti actio* *), jeglicher andere *malae fidei possessor* aber mit der *condictio furtiva* **) auf vollen Schadenersatz. Die *rei vindicatio* kann dagegen zu diesem Zwecke gegen ihn nicht auf gleiche Weise, wie gegen den *possessor, qui dolo desit possidere*, angestellt werden ***). Diese Eigenthümlichkeit, welche die oben berührte Modification in sich schliesst, lässt sich vielleicht folgendermassen erklären. Die Verfasser der Justinianischen Institutionen benutzten bei Abfassung des §. 26. *Inst. de rerum div.*, in welcher Stelle dem Eigenthümer des specificirten Stoffes ein Vindicationsrecht abgesprochen wird, die Commentarien des GAJUS ohne weitere Veränderung. In

*) Einige Juristen, wie z.B. VOETIUS a. a. O. S. 805., MACKELDEY a. a. O. S. 45., HOLZSCHUHER a. a. O. 181. wollen diese Klage wunderlicher Weise gegen jeden *mala fide specificans* gestatten.

**) Man vergl. *fr. 52. §. 14. Dig. de furtis* (47. 2.), §. 26. *Inst. de rer. div.* und THEOPHILUS, Paraphrase zu dieser Stelle. ROSSHIRT in seiner Zeitschrift a. a. O. S. 263. SCHRADER a. a. O. S. 194. FABRICIUS a. a. O. S. 40. 44. KOCH a. a. O. S. 37 fg. Dagegen ist SAVIGNY, System des heutigen röm. Rechts Bd. 5. S. 524. Anm. b.

***) Man vergl. §. 26. *Inst. de rer. div.* Für ihre Anwendbarkeit erklären sich z. B. VOET. a. a. O. S. 804., KOCH a. a. O. S. 38., GÖSCHEN S. 82. u. s. w.

diesen Commentarien referirt GAJUS ganz kurz, dass PROCULUS und NERVA dem *dominus materiae* die *rei vindicatio* nicht zuerkannten. Der Grund hiervon lag nun darin, dass zur Zeit jener Juristen die Eigenthumsklage überhaupt gegen einen *possessor, qui dolo desit possidere*, ungebräuchlich war, indem der Begriff der sogenannten *ficti possessores* gar nicht einmal existirte. Seitdem jedoch dieser Begriff zuerst zu Gunsten der *hereditatis petitio* Geltung gewann und alsdann allmählig auch auf die *rei vindicatio* ausgedehnt wurde, stand fortan der Anwendbarkeit der *rei vindicatio* auch auf den Specificanten kein vernünftiges Hinderniss im Wege. Dieselbe ist aber durch jenes kopflose Verfahren der Abfasser der Justinianischen Institutionen ausgeschlossen geblieben.